ضمان العقد أو المسئولية العقدية
في الشريعة الإسلاميّة
مقارنا بالقانون المدني

دكتور محمد الشحات الجندي

قسم الشريعة الاسلامية

كلية الحقوق ـ جامعة طنطا

١٤١١ هـ ـ ١٩٩٠

دار النهضة العربية

٣٢ شارع عبد الخالق ثروت ـ القاهرة

مطبعة جامعة القاهرة

والكتاب الجامعي

بسم الله الرحمن الرحيم

((وأوفوا بالعهد، ان العهد كان مسئولا))

قرآن كريم

تمهيد وتقسـيم :

المسئولية العقدية هى الضمان الفعال للوفاء بالالتزامات ، وايتاء الحقوق لذويها ، ، والعنصر الجوهرى لاستقرار المعاملات ، لهذا يضفى الفقه والقانون الأهمية الواجبة لمعالجتها ، وبيـان احكامهـا ، ووضع الضوابط والمعايير التى تتأسس عليها ، ولا نحسب ان خلافا يثور بين الفقه والقانون ، فى اظهار هذه الحقيقة ، هذا مع التسليم — بطبيعة الحال — الى أن لكل من النظامين القـانونين فلسفته فى تنـاول كيفية المسـاءلة وحدودها ، والآثار المترتبة عليهـا ، والضوابطالمنظمةلها ، وهو خلاف منشؤه اختلاف مصـدر التشريع فى كل ، والهـدف الذى يبتغيه ، والاطار الذى يسير فيه ، وان كان كل منها يرمى فى النهاية الى تحقيق المصلحة للمتعاملين ودرء المفسدة ، وازالة الضرر .

وفى سبيل الاحاطة بجوانب المسـئولية العقدية فى كل من الشرع والقانون نحاول أن نتناول أحكامها التفصيلية ، من واقع نصوص الفقه الاسلامى والقـانون المدنى ، وهـذه المحـاولة لا تبغى التقريب بين النظامين ، بقدر ما تبغى التحقيق والتأصيل الدقيق ، لأن لكل نظـام مصطلحاته الخاصة به ومنحاه المتميز فى بيان مباحثها ، وضبط شواردها ، وسبر أغوارها فان أصابت المحاولة الالتقاء أو الافتراق ، فليكن هذا بفعل النصوص ومن صنع الفقهاء المسلمين وشراح القانون ، دونما تحكم أو افتيات على الحقيقة ، والا كانت دراسـتنا نوعا من مسـخ هوية التشريع ، وتجريدا له من عنصر التميز والاصالة والابتكار ، ومصادرة على المطلوب وما بهذا تعالج الحقائق العلمية ، وتعرض القضايا العلمية، فان الثراء والجدة والاضافة تظهر من عرض الموضوع من مصـادره الأصلية ، وقواعده الثابتة دون تزيد أو انتقاص من حقيقة التشريع .

وسنتناول فى هذه الدراسة موضوع الضمان أو المسئولية العقدية ، من خلال البابين التالين : —

الباب الأول : طبيعة الضمان ، والأسس المبنى عليها .

الباب الثانى : مقومات الضمان والأحكام المتعلقة به .

الباب الأول

طبيعة الضمان والأسس المبنى عليها

الفصل الأول

مفهوم المسئولية العقدية والضمان

المبحث الأول

ماهية المسئولية العقدية فى الفقه المدنى والشرعى

تعريف المسئولية عند شراح القانون المدنى :

يتناول شراح القانون المدنى بيان المسئولية العقدية من خلال نظرية عامة ، تحصر نفسها فى نطاق الالتزام القانونى بمعناه الاصطلاحى وما كان لها أن تحيد عنه ، فان النظر القانونى هو نظر مادى ونفعى وهذا يطبع معالجاته كلها ، بحكم تنظيمه للروابط الاجتماعية بين الأفراد، وحرصه على انتظام المعاملات فى شكلها الخارجى .

ومن هذا المنطلق فقد عرف بعض الشراح المسئولية العقدية بأنها : جزاء الاخلال بتنفيذ التزام ناشىء عن العقد ، ولكنها ليست جزاءه الوحيد اذا كان العقد الذى ولده ملزما للجانبين ، بل يضاف اليها فى نطاقه جزاءات أخرى ، اذا أخل أحد العاقدين فى عقد ملزم للجانبين ، بالتزام نشأ عنه فى ذمته ، جاز للعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد ، لتنحل الرابطة القانونية التى ولدها ، ويتخلص بانحلالها من الالتزامات الناشئة عنه فى جانبه (١) .

وهى فى نظر البعض الآخر : مسئولية المتعاقد فى عقد صحيح نافذ لازم عن عدم تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد ، أو التأخر فى تنفيذها مما يستوجب تعويض المتعاقد الآخر ، عما سببه ذلك من ضرر له (٢) .

---

(١) الاستاذ الدكتور محمود جمال الدين زكى ، الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات ، ص ٣٢٦ ، ٣٢٧ .

(٢) الاستاذ الدكتور عبد الناصر العطار ، نظرية الالتزام ، ص ٢٢٣ .

فالمسئولية العقدية وفق هذا التعريف ، تتطلب العناصر التالية :

١ — وجود عاقد تتوفر فيه الأهلية القانونية .

٢ — تقوم المسئولية فى ظل عقد صحيح ، توفرت فيه شروط الصحة والنفاذ واللزوم .

٣ — ان يخل العاقد بالتزام ناشىء عن العقد ، يجب عليه الوفاء به ، وقد يكون الاخلال بعدم تنفيذ الالتزام ، أو بأن يقوم بتنفيذه فى وقت متأخر عن الوقت المحدد فى العقد .

٤ — أن يترتب على عدم التنفيذ أو التأخر فى تنفيذ الالتزام ، ضرر يلحق المتعاقد الآخر ، مما يستوجب المسئولية العقدية .

وطبقا لهذا التحديد الذى يقول به شراح القانون ، فان المسئولية العقدية تعد جزاءا يوقع على من أخـل بتنفيذ الالتزام الذى يكون مصدره العقد ، يجبر على التحمل به ، من تقاعس عن تنفيذ التزامه ، أو تأخر فيه ، بقوة السلطة العامة ، حفاظا على أداء الحقوق ، ووفقا للضرر الذى أصاب المتعاقد الآخر من جراء عدم التنفيذ .

والقصد من تقرير المسئولية العقدية ، أن يحرص الملتزم على تنفيذ التزامه الناشىء عن العقد ، وأن يحافظ على أداء الواجبات المتفق عليها فيه ، لأن هذا هو موجب العقد ، ولاتتحقق الفائدة المرجوة منه ، الا بالقيام بالتنفيذ على الوجه المتفق عليه فى بنود العقد ، فاذا لم يلتزم بالتنفيذ ، كان حريا بالقانون أن يحمله بمسئوليته التى منشؤها العقد ، وتتمثل فى رد الفعل المقابل والمناسب لاخلاله بعدم تنفيذه أو تأخره عن القيام بالتزاماته الواجبة عليه بمقتضى العقد .

ولئن كان منحى شراح القانون ، ايجاد البديل المناسب ، الذى يضمن للمتعاقد الآخر ، الحصول على حقه الذى استهدفه من ابرام

العقد ، وتحمل فى سبيله بالأعباء التى تفرضها عليه نصوصه ، فى حين تحلل المتعاقد الأول من التزاماته ، ولم يقم بتنفيذها ، نقول لئن كان المنحى ذلك ، الا أنه يلاحظ أن حصر المساءلة فى نطاق جزائى محض ، ركز فى تحديده على الغاية والهدف من العقد ، فجاء التعريف قاصرا عن بيان حقيقة المسئولية العقدية فى كافة جوانبها ومن المعلوم أن تحديدا من هذا النوع ، يجب أن يكون جامعا مانعا والا كان موسوما بالقصور وعدم الاحاطة ، فما هو نظر الفقه الاسلامى فى هذا الخصوص ؟

تحليل وبيان المسئولية العقدية فى الفقة الاسلامى •

المسئولية العقدية ، مصطلح قانونى ، لم يتناوله الفقهاء المسلمين ، تحت هذا العنوان ، لكن هذا المصـــطلح المكون من كلمتى المســـئولية العقدية ، له دلالة محددة فى اللغة والشرع ، وهذه الدلالة ليس لكونها مصطلحا فقهيا ، وانما باعتبار أن كلا منهما له معنى ومفهوم يبين من اقترانهما واضافة كل منهما الى الآخر ، المقصود به فى الفقه الاسلامى •

فالمسئولية تعنى المحاسبة والمؤاخذة على ما كلف به الانسان ، فمن كلف بشىء ، أى الزم بما فيه كلفة ، فعليه أن يؤديه وأن يقوم به على الوجه الأكمل ، وقد جاءت النصوص مقرره مسئولية الانسان فى مواضع عدة ، منها قوله تعالى : وقفوهم انهم مسئولون •• وقوله جل شأنه : ثم لتسألن يومئذ عن النعيم •• التكاثر / ٨ » • وقول الرسول — صلى الله عليه وسلم — كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته والأمير راع والرجل راع على أهل بيته ، والمرأة راعية على بيت زوجها وولده ، فكلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته (١) وجماع هذه النصوص تدل على أنه لا تكليف بدون مسئولية ، وأن المرء مؤاخذ عن عمله ، ومحاسب على التزامه ، أيا كان مصدره الشرع أو الاتفاق •

---

(١) ابن حجر ، فتح البارى ، بشرح صحيح البخارى ، ج ١١ ، ص ٢١١ .

أما العقد فى اللغة فهو نقيض الحل ، ثم استعمل فى أنواع العقود من البيوعات والعقود وغيرها • ثم استعمل فى التصميم والاعتقاد الجازم (١) والعقد فى الاصطلاح الشرعى عبارة عن ارتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر ، على وجه يثبت أثره فى المعقود عليه (٢) •

ومفاد هذا التعريف ، أن العقد ينشأ فى الفقه الاسلامى ، بمجرد تراضى أطرافه ، المعبر عنه باقتران قبول أحد العاقدين بايجاب العاقد الأول ، فهذا التراضى كاف فى تحمل كل من الطرفين لالتزامه ، دون شىء آخر ، وبمعنى آخر ، فان مسئولية الانسان عن العقد الذى أبرمه تتأتى عند تلاقى الايجاب والقبول بين العاقدين ، لأن المسلم مكلف بأداء التزامه ، والتحمل بآثار قوله وأفعاله ، من مجرد قوله الذى تفوه به أو عمله الذى آتاه ، وفق الصيغة الشرعية المقررة •

وهذه المسئولية العقدية فى الشرع الاسلامى ، من الظهور بمكان ولا أدل على ذلك من قوله تعالى : يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود « المائدة / ١ » روى عن ابن عباس أن المراد بالعقود عهود الله التى عهد الى عباده « ما أحل الله وما حرم وما فرض وما حد فى القرآن كله لا تغدروا ولا تنكاوا » وعن قتادة هى عقود الجاهلية ، أى ما كان الحلف فيها وعن عبد الله بن عبيده : العقود خمس : عقدة الايمان ، وعقدة النكاح وعقدة البيع ، وعقدة العهد ، وعقدة الحلف • وعن زيد بن أسلم عقدة النكاح ، وعقدة الشركة ، وعقدة اليمين ، وعقدة العهد ، وعقدة الحلف • والظاهر المتبادر أن الله تعالى أمرنا بالوفاء بجميع العقود الصحيحة التى عقدها علينا ، والتى نتعاقد عليها فيما بيننا •

---

(١) الفيروز آبادى ، القاموس المحيط ، ج ١ ، ص ٣٢٧ . يقال عقد الحبل والبيع والعهد يعقده شده وعنقه اليه لجاوالحاسب حسب ، والعقد الضمان والعهد .

(٢) محمد قدرى باشا ، مرشد الحيران الى معرفة احوال الانسان ، م ٢٦٢ •

وفى روح المعانى عن الراغب قال : العقود باعتبار المعقود والعاقد ثلاثة أضرب : عقد بين الله تعالى وبين العبد • وعقد بين العبد ونفسه وعقد بينه وبين غيره من البشر ، وكل واحد باعتبار الموجب له ضربان : ضرب أوجبه العقل ، وهو ما ركز الله تعالى معرفته فى الانسان فيتوصل اليه اما ببديهة العقل واما بأدنى نظر ، دل عليه قوله تعالى : واذا أخذ ربك من بنى آدم من ظهورهم ذريتهم ، وأشهدهم على أنفسهم ، ألست بربكم ؟ » وضرب أوجبه الشرع وهو ما دلنا عليه كتاب الله وسنة نبيه — صلى الله عليه وسلم — فذلك ستة أضرب ، وكل واحد من ذلك اما أن يلزم ابتداء ، أو يلزم بالتزام الانسان اياه والثانى أربعة أضرب : فالأول واجب الوفاء كالنذور المتعلقة بالقرب نحو أن يقول : على أن أصوم ان عافانى الله تعالى • والثانى : يستحب الوفاء به ، ويجوز تركه ، كمن حلف على ترك فعل مباح ، فان له أن يكفر عن يمينه ويفعل ذلك • والثالث : يستحب ترك الوفاء به ، وهو ما قال صلى الله عليه وسلم اذا حلف أحدكم على شىء فرأى غيره خيرا منه ، فليأت الذى هو خيرمنه، وليكفر عن يمينه » والرابع : واجب ترك الوفاء به ، نحو أن يقول : على أن أقتل فلانا المسلم ، فيحصل من ضرب ستة فى أربعة ، أربعة وعشرون ضربا ، وظاهر الآية يقتضى كل عقد سوى ما كان تركه قربة أو واجبا •

يقول صاحب المنار تعليقا على ذلك : هذا أجمع كلام رأيته للمفسرين فى العقود ، ثم يقرر ان أساس العقود الثابت فى الاسلام ، هو هذه الجملة البليغة المختصرة المفيدة : أوفوا بالعقود •• وهى تفيد أنه يجب على كل مؤمن أن يفى بما عقده وارتبط به ، وليس لأحد أن يقيد ما أطلقه الشارع الا ببينة منه ، فالتراضى من المتعاقدين شرط فى صحة العقد لقوله تعالى : عن تراض منكم •• وأما الايجاب والقبول فلا نص فيه ، وانما هو عبارة عن العقد نفسه ، اذ الغالب فيه أن يكون بالصيغة اللفظية أو كتابة ، والاشارة تقوم مقام العبارة عند الحاجة كاشارة الأخرس • والفعل أبلغ من القول فى حصول المقصد من العقد كبيع المعاطاة الذى منعه بعضهم تقيدا بصيغة الايجاب والقبول اللفظية ،

ومثل بيع المعاطاة اعطاء الثوب للغسال أو الصباغ أو الكواء ، فمتى أخذه منك ، كان ذلك عقد اجارة بينكما بأجر المثل • ومن هذا القبيل اعطاء المال لمن بيده تذاكر السفر فى سكك الحديد أو البواخر وأخذ التذكرة منه ، ومثله دخول الحمام وركوب سفن الملاحين ومركبات الحوذية الذين يأخذون الأجرة بعد ايصال المراكب الى المكان الذى يقصده •

فكل قول او فعل يعده الناس عقدا ، فهو عقد يجب ان يوفوا به كما أمر الله تعالى ، ما لم يتضمن تحريم حلال ، او تحليل حرام ، مما ثبت فى الشرع (١) •

ولعل أظهر موضع جمع فيه النص بين مفردات مصطلح المسئولية العقدية ورد فى قوله سبحانه : وأوفوا بالعهد ، ان العهد كان مسئولا » الاسراء / ٣٤ » يقول ابن كثير : وأوفوا بالعهد ، أى الذى تعاهدون عليه الناس ، والعقود التى تعاملونهم بها ، فان العهد والعقد ، كل منهما يسأل صاحبه عنه ، ان العهد كان مسئولا •• أى عنه (٢) بأن يكلف بالقيام بمقرراته •

ان النصوص الاسلامية ، لا تحصر المسئولية العقدية ، فى نطاقها الجزائى ، على النحو الذى قال به شراح القانون ، وانما أضافت الى النطاق الجزائى ، الضمير الدينى ، والقاعدة الأخلاقية ، وبقول آخر ، فانها أصلت المسئولية العقدية على القاعدة الدينية ، والقاعدة القانونية والقاعدة الأخلاقية ، وهو ما يوفر لها قوة وفعالية تحمل العاقد على الوفاء بالتزاماته ، انطلاقا من عقيدة راسخة ، تسبق الالزام عن طريق السلطة العامة ، وتهيمن على قواعد المسئولية العقدية فى كافة مناحيها •

وأساس ذلك أن المسئولية المرتكزة على الضمير الدينى ، هى

---

(١) محمد رشيد رضا ، تفسير المنار ، جـ ٦ ، ص ٩٩ ، ١٠٠ .

(٢) ابن كثير ، تفسير القرآن العظيم ، جـ ١٥ ، ص ٧١ .

مسئولية منشؤها محكمة الضمير الدينى ، وهى الموجهة لتصرفات العاقد، الآخذه بزمام المبادرة فى الوفاء بالتزاماتها تجاه الغير ، فتدفعه الى أداء الحقوق لذويها من منطلق عقائدى ، لا يعتمد على طلب من العاقد الآخر، فلا تؤسس المسئولية فيها على رد الفعل تجاه تصرف العاقد الآخر ، وانما تتم ابتداء ودون سبق اجراء قانونى أو شكوى •

ولعل مسئولية العاقد أمام ضميره الدينى ، النابعة من خشيته لله تعالى ، هى أفعل أنواع المسئولية ، وهو ما أبرزته الآية القرآنية ، فى قوله جل شأنه : وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ، ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها ، وقد جعلتم الله عليكم كفيلا « النحـــل / ٩١ » فأى مسئولية أقوى من تلك التى تجعل عهد العاقد هو عهد الله الذى يجب الوفاء به ، وترفعه الى مصاف الأيمان الموثقة ، التى يحرم نقضها ، وهو العقد الذى كفله الله وضمنه ، ومن كان الله كفيله وضامنه ، فلا يضيع أبدا ، ولا ينخرم مطلقا •

فاذا وجدت هذه المسئولية الدينية ، والشأن فيها أن تكون موجودة وما ثلة فى علاقات العاقد المسلم ، فانها تجب سائر المسئوليات الأخرى وتعلو عليها ، وتوجد بجوارها كعنصر مساعد لها ، فالمسئولية الأخلاقية تتبع المسئولية الدينية ، وتسير فى ركابها ، لأن القاعدة الدينية تحمى الأخلاق الفاضلة ، والقيم الرفيعة ، وهذا يفسر بناء كثير من الأحكام الاسلامية ، على الأخلاق والمثل العالية ، ويكشف عن عمق التزام العاقد المسلم بالكلمة التى يلتزم بها ، فى مجال العقود والمعاملات وأن ايجاب أحد العاقدين ، وقبول الآخر ، يضفى قدسية معينة يظهر أثرها فى ضرورة الوفاء بالالتزامات التى يرتبها العقد ، وهذا مرده الى المسئولية الدينية ، وعمق تأثيرها فى نفوس العاقدين • •

ان توفر المسئولية الدينية ، والمسئولية الأخلاقية كذلك ، يقلل من الالتجاء الى المسئولية القانونية ، لأن المسئولية الأخيرة يلجأ اليها عند وفاء العاقد بالتزامه ، الأمر الذى يبرر اللجوء الى القوة الجبرية لحمله

على الوفاء بواسطة السلطة العامة ، ويجعل استخدام وسائل هـذه المسئولية قاصرا على الحالات الخاصة ، بالنسبة للأشخاص الذين لم ينضبطوا بضوابط المسئولية الدينية ، ومن تجردت نفوسهم من الوازع الدينى ، وحيث ان هؤلاء موجودون فى كل مجتمع ، فان النظرة الاسلامية، هى نظرة تكاملية ، تعم كل الحالات ، وتستهدف أقصى قدر من الوفاء بالحقوق وأداء الواجبـات ، بمعـالجتها النفس البشرية من الداخل بالتربية والتهذيب ومن الخارج باظهار سطوة القاعدة القانونية ، لمن تسول له نفسه مطل حقوق الناس ، وعدم قيامه بواجباته تجاههم •

اذا استبان ذلك ، ظهر فرق آخر ، بصدد حقيقة المسئولية العقدية بين الفقه الشرعى ، والفكر القانونى ، فالمسئولية العقدية لدى شراح القانون ، هى مسئولية قانونيـة ليس الا ، أما المسـئولية العقدية فى الشرع الاسلامى ، فانها مسئولية قانونية وقبل ذلك هى مسئولية دينية وأخلاقية ، وبعبارة أخرى ، فان المسئولية العقدية فى القانون ، تقف عند الحدود الظاهرية لمعاملات الأفراد ، ويقتصر أثرها على رد الفعل من جانب العاقد ، الذى تعذر عليه الحصول على التزامه لعدم الوفاء به ، أو للتأخر فى تنفيذه ، بينما هى — المسئولية العقدية — فى الشريعة ، تقف من التعامل بين الأفراد موقف الموجة ، الذى يمتلك زمام المبادرة، ويعالج التصرفات العقدية من البدء الى المنتهى ، مؤثرا فى سلوك الأفراد آخذا بالأساليب الوقائية ، والأساليب العلاجية على سواء ، غير واقف فى تشريعة على التصدى لمسألة عدم التنفيذ أو التقاعس فيه ، عند مجرد رد الفعل •

تحقيق المسئولية العقدية والضمان فى الشرع الاسلامى :

ان استقراء النصوص الشرعية ، يدل على أن لفظ المسئولية ، قد استخدم فى أكثر من موضع ، منها بالاضافة الى ما سبق أن عرضنا له ، قوله تعالى : وليسألن يوم القيامة عما كانوا يفترون •• وقوله عز وجل : ولتسألن عما كنتم تعملون •• وقوله سبحانه : ثم لتسألن يومئذ عن

النعيم » التكاثر / ٨ » تفصح هذه النصوص ، على اختلاف موضوعها ، وسبب نزولها عن حقيقة مؤكدة ، هى وجوب مساءلة الانسان ، وتحمله نتيجة أقواله وأفعاله ، وأن المرء مؤاخذ بما قدمت يداه ، وأنه مجزى بأعماله ، فما كان ليترك سدى ، فينبغى أن تترتب النتائج والآثار التى يقصدها من وراء تصرفاته ، وبخصوص العقود والمعاملات الجارية بين الأفراد ، فلا سبيل الى تحقيق الغرض المرجو منها ، الا بأداء كل من العاقدين لالتزامه ، ولا يحصل كل فرد على حاجته ، ولا تنتظم المعاملة، بغير أداء الواجب والتحمل بالالتزامات التى يفرضها العقد ، وهو بعض ما عبر عنه النص القرآنى فى قوله تعالى : وأوفوا بالعهد ان العهد كان مسئولا » فقد قرن بين المسئولية والعقد ، اعلاما بأن العقد يستوجب مسئوليات ، وأن كل عاقد مسئول عن التزاماته العقدية ، وهو ما يؤكده قوله جل شأنه : وكان عهد الله مسئولا » الأحزاب / ٥ / » وفيه أن العهد مرتب للمسئولية ومنشىء لها •

وان استعمال القرآن للمسئولية ، فى مواطن شتى ، فى الأمور الدينية والدنيوية ، أو فى الشئون العقائدية والحياتية ، أو فى العبادات والمعاملات ، اشعار بأن مصطلح المسئولية ، أعم وأشمل من ان يقتصر أو يقيد بأمر دون آخر ، فاذا كان يتسع فى نطاقه للعبادات والمعاملات فى كافة مناحيها ، فان تخصصية بالشئون المالية ، لابد أن يكون نصا وقصدا ، الى بيان نوع المسئولية ، أهى مسئولية دينية أم دنيوية وما اذا كانت مسئولية جنائية أم مسئولية مدنية ، فاذا كانت الأخيرة ، فهل هى مسئولية عقد أم مسئولية فعل ؟ وهكذا •

وهذا الاستعمال القرآنى ، لمصطلح المسئولية ، مناسب تماما لشمول الخطاب القرآنى ، وتنوع الموضوعات التى يتناولها ، فهو ليس كتاب تشريع فقط ، وانما كتاب عقيدة وأخلاق ••• الخ فقد حوى من كل علم طرفا ، فناسب ذلك أن يستخدم مصطلحا عاما ذا دلالة دقيقة فى الموضوع الذى يعالجه ، يصلح أن يعبر عن التحمل والالتزام والمساءلة فى كل ، وذلك هو مصطلح المسئولية ، ولولا دقته ودلالته على المعنى

المراد ، لما استخدمه القرآن ، لأنه بلغ المنتهى فى البلاغة والفصاحة وليس شأن السنة كالقرآن ، فى تعدد استخدام مصطلح المسئولية لأن القرآن هو الأصل الحاكم ، والسنة هى التابع المفصل لما ورد فيه من أحكام ، لذلك فانها تقتفى أثره حينما يتطلب المقام العمومية والشمول فى ايراد معنى يحتاج الى هذا النوع من الخطاب ، مثل ما ورد فى قول الرسول — صلوات الله عليه — كلكم راع ، وكلكم مسئول عن رعيته فالأمير الذى على الناس راع عليهم ، وهو مسئول عنهم ، والرجل راع على أهل بيته ، وهو مسئول عنهم ، وامرأة الرجل راعية على بيت زوجها وولدها ، وهى مسئولة عنهم ، وعبد الرجل راع على مال سيده ، وهو مسئول عنه ، ألا فكلكم راع ، وكلكم مسئول عن رعيته .

ودلالة استخدام مصطلح المسئولية على الاحاطة والشمول ، واضح فى صدر النص وفى عجزه ، أو فى مقدمته وفى خاتمته ، وخاتمة النص تدل على أن المرء مسئول عن كل ما يتولاه أو يلتزم به ، أو يعهد به اليه ، فيندرج فيه مسئولية الانسان عن العقود التى يعقدها مع الآخرين .

ان هذا المنحى الذى دلت عليه نصوص القرآن أصالة ، والسنة تبعا ، يغاير المفهوم الذى يدل عليه مصطلح المسئولية ، الذى يقول به شراح القانون ، فالمسئولية عندهم تعنى الجزاء فقط ، وهو معنى من بين عدة معانى تقيدها نصوص القرآن فى بيانها لمصطلح المسئولية .

ولما كانت السنة هى المفصلة لمجمل القرآن ، والمخصصة لعمومه والمقيدة لمطلقه ، فانها قد عبرت عن الالتزام الذى ينطوى عليه العقد ، بلفظ أخص وأوثق صلة به ، لأن العقود والمعاملات هى فى حقيقتها تعهدات والتزامات ، والمسئولية فيها هى مسئولية مالية ، ونظرا لأنها مقننة لأحكام القرآن ، ومعينة المعنى المراد من النص ، فى ظل الاحكام والصياغة القانونية ، فقد استخدمت مصطلح الضمان فى نطاق العقود والمعاملات .

وهذا الاستعمال من جانب السنة ، لمصطلح الضمان ، ورد فى أكثر

من حديث ، من ذلك ما روى عن السيدة عائشة : أن النبى — صلى الله عليه وسلم — قضى أن الخراج بالضمان » رواه الخمسة • وفى رواية : أن رجلا ابتاع غلاما فاستغله ثم وجد به عيبا ، فرده بالعيب• فقال البائع : غلة عبدى ، فقال النبى — صلى الله عليه وسلم — الغلة بالضمان رواه أحمد وأبو داود وابن ماجة • وفيه حجه لمن يرى تلف العبد المشترى قبل القبض من ضمان المشترى (١) •

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى — صلى الله عليه وسلم قال : من تطبب ولم يعلم منه طب ، فهو ضامن » رواه أبو داود والنسائى وابن ماجه •

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : لا ضمان على مؤتمن رواه الدار قطنى •

وعن الحسن عن سمرة عن النبى — صلى الله عليه وسلم — قال : « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » رواه الخمسة الا النسائى • زاد أبو داود والترمذى ، قال قتادة : ثم نسى الحسن ، فقال : « هو أمينك ، لا ضمان عليه » يعنى العارية (٢) •

ان مصطلح الضمان ، كما دلت عليه نصوص السنة ، أشبه بالعقود والمعاملات ، وألزم للتعهدات المالية ، من مصطلح المسئولية ، الذى أخذ به شراح القانون ، لأن الحصول على المال يقتضى الضمان ، اذ لا يبذل المال بدون مقابل وعلى حد تعبير الحديث : الخراج بالضمان • والغرم بالغنم ، فكل منهما من لوازم الآخر •

ازاء هذا ، فاننا نقرر ، أنه لا تعارض بين استخدام النصوص القرآنية لمصطلح المسئولية ، وبين استخدام السنة لمصطلح الضمان ، لأن المصطلح الأول ، مصطلح عام ، يستخدم فى مواضيع شتى ، للدلالة

---

(١) الشوكانى ، نيل الأوطار ، جـ ٥ ، ص ٢٤٠ .

(٢) الشوكانى ، نيل الأوطار جـ ٥ ، ص ٣٣٢ ، ٣٣٣ ، ٣٣٥ .

على وجوب قيام الانسان بالأمر والتكليف به ، وأنه محاسب على ذلك ، مؤاخذ به ، مجزى عنه بحسب أدائه له ، ووفائه به •

أما المصطلح الثانى ، وهو مصطلح الضمان ، فهو مصطلح خاص ، أقرب الى النواحى المالية ، والتعهدات التى يلتزم بها العاقد فى المعاملات والعقود ، والمصطلح الأول ، وهو المسئولية يناسب القرآن الكريم ، كدستور سماوى للأمة الاسلامية ، ومصطلح الضمان يتواءم مع السنة كقانون مبين عن الله تعالى ما يريد ، مخصص لعموم ألفاظ القرآن ، ومفصل لمجمله ، ومقيد لمطلقه ، وهو الدور التشريعى الذى تقوم به السنة ، كمصدر للأحكام الشرعية •

ومن سياق هذا التحقيق ، يتضح لنا ، أن نصوص الشرع الاسلامى قد عرضت لمصطلح المسئولية واستخدمته فى اطار العهود ، كما استخدمته فى غيره من الأطر الأخرى ، لكن استخدامها له ، كان فى مجال العموم والشمول ، أكثر منه فى مجال التخصيص والتقييد •

ومؤدى ذلك ، أن استعمال لفظ المسئولية العقدية ، استعمال صحيح ، فى نطاق التعميم ، بل استعمال دقيق ، أما فى مجال التخصيص والتقييد ، فيستعمل مصطلح الضمان ، لقربه وتعبيره الدال على الالتزامات والتعهدات المالية ، وهو مادل عليه اللفظ فى الاستخدامات المتعددة للسنة •

المبحث الثانى

مفهوم ضمان العقد

الضمان فى الاصطلاح الفقهى :

الضمان لغة الالتزام ، وهو مشتق من التضمين ، لأن ذمة الضامن تتضمن الحق ، يقال ضمن الشيىء وبه كعلم ضمانا وضمنا فهو ضامن وضمين كفله وضمنته الشيىء تضمينا فتضمنه عنى غرمته فالتزمه ، وما جعلته فى وعاء فقد ضمنته اياه (١) ويسمى الملتزم لذلك ضامنا

(١) الفيروز ابادى ، القاموس المحيط ، جـ ٤ ، ص ٢٤٥ ، مادة ضمن

وضمنيا وحميلا وزعيما وكافلا وكفيلا وصبيرا وقبيلا ، قال الماوردى غير أن العرف جار بأن الضمين مستعمل فى الأموال والحميل فى الديات ، والزعيـم فى الأموال العظـام ، والكفيل فى النفوس ، والصـبير فى الجميع .

ويعرف الضمان فى الشرع بتعاريف عدة فيطلق على الالتزام بحق ثابت فى ذمة الغير ، أو احضار من هو عليه ، أو عين مضمونه ، ويقال للعقد الذى يحصل به ذلك (١) .

ويعرف الضمان بأنه : شغل ذمة أخرى بالحق ، فالحمالة فى اللغة والكفالة والضمانة والزعامة ، كل ذلك بمعنى واحد ، فتقول العرب هذا كفيل وحميل وضمين وزعيم ، هذه الأسماء هى المشهورة وتقول العرب أيضا قبيل بمعنى ضمين (٢) .

والى جانب هذا الاتجاه فى تعريف الضمان ، هناك اتجاه آخر ، حيث يحدد مفهوم الضمان بقوله الضمان : ضم ذمة الضامن الى ذمة المضمون عنه فى التزام الحق ، فيثبت فى ذمتها جميعا ، ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما (٣) .

وفى ذات الاتجاه ، يطلق الضمان شرعا على : ضم الذمة الى الذمة فى المطالبة ، وقيل فى الدين ، والأول أصح (٤).

يبين من هذه التعريفات ، أن الضمان فى الفقه الاسلامى ينتظم أحد معنيين : الأول : التزام الشخص بأداء ما يجب الوفاء به ، حقا كان أو عينا ، أو نفسا أو عملا ، أو مالا . فتشتمل ذمة الشخص بهذا الحق أو المال أو بأداء العمل ، أو احضار النفس ، ولا تفرغ ذمته الا بعـد الوفاء بالتزامه ، عند تحقق شرطه ، وحلول أجله ، ان كان مؤجلا .

---

(١) الخطيب ، معنى المحتاج ، جـ ٢ ، ص ١٩٨ .
(٢) الخطاب ، مواهب الجليل ، جـ ٥ ، ص ٩٦ .
(٣) ابن قدامة ، المغنى ، جـ ٤ ، ص ٥٩٠ .
(٤) المرغينانى ، الهداية ، جـ ٣ ، ص ٨٧ .

الثانى : كفالة شخص لشخص آخر ، عن طريق ضم ذمة الكفيل الى ذمة الأصيل فى المطالبة بنفس أو دين أو عمل • والكفالة هنا من قبيل الضـــمان ، فهى عقد وثيقة وغرامة شرعت لدفع الحـــاجة ، وهو وصول المكفول له الى احياء حقه •

والضمان وفقا لهذا التحديد ، أعم من الكفالة ، فالضمان معنى عام يندرج تحته الكفالة ، بينما الكفالة معنى خاص ، قصد بها تقوية الالتزام الذى على الأصيل ، فيكون من حق صاحب الحق ، أن يطالب الأصيل أو الكفيل بأداء الدين ، أو الوفاء بالحق ، أو احضار ما هو مكفول به ، أو تسليم المال ، أو أداء العمل ، وهكذا •

ويعنينا من الضمان ، ذلك النوع الذى يتعلق بضمان العقد ، الذى يرتب الالتزام ، والذى يقابل ما يطلق عليه شراح القانون المسئولية العقدية • وتخصيص الضمان بالضمان العقدى قصد به اخراج أنواع الضمانات الأخرى مثل ضمان الفعل ، وهو ذلك الضمان الذى يجب فيه الجزاء نتيجة الفعل غير المشروع •

وثمة ملحظ يتعلق بالتطور الذى طرأ على الفقه الاسلامى ، فى شأن مصطلح الضمان ، ذلك أن الفقهـــاء لم يســـتخدموا اصـــطلاحا المسئولية العقدية ، واستعاضوا عنها بمصطلح الضمان ، اذ أنه أوفى بالمراد وأدل على المقصود فى الالتزامات المالية ، لأن من لا يوفى التزامه المالى أو يخل به ، يتحمل بالضمان •

وانما كان منحى الفقهـــاء فى اختيار هذا المصطلح ، دقة الصـــياغة واحكام الصنعة الفقهية ، فى أن تأتى الألفاظ المستعملة على قدر المعانى المنشودة ، دون تزيد أو نقصان ، وهو اتجاه حرى بالقبول والاتباع فى صياغة النصوص القانونية •

ثم ان مصطلح الضمان فى ذاته ،، تعرض للتطور ، من خلال نصوص الفقهاء ، ونلمح هذا التطور فيما قال به الفقه ، فى ذلك التفريع الذى أجروه على أصل الضمان ، فالضمان يعنى الوفاء بالتزام أيا كان

نوعه ، حقا أم عملا أم عينا .. وهو يعنى أيضا الكفالة ، ونجد فى هذا الصدد ، أن الحنفية ، قد فصلوا الضمان بمعنى الكفالة ، وشعبوا تفريعاتها وضبطوا مسـائلها ، هو تطور آخـر ، يضـاف الى مصطلح الضمان بمعناه الأعم وهو الالتزام .

معنى الضمان فى النصوص الشرعية : ـ

لكى نبين معنى الضمان ، يجب استقراء النصـوص الشرعية ، الواردة فى القرآن والسنة ، لنحدد المقصود منها ، من خـلال عرض أقوال المفسرين والمحدثين والفقهاء .

ـ من النصوص القرآنية ، قوله تعالى : ولمن جاء به حمل بعير ، وأنابه زعيم « يوسف ٧٢١ » الآية فى قصة أخوة يوسف عليه السلام ، حيث رصد منادى الملك جعالة ـ كجائزة ـ لمن يأتى بصاع الملك الذى يكيل به ، وهذا من باب الجعالة ، وأنا به زعيم ، وهذا من باب الضمان والكفالة (١) ، أى أنا ضامن له متكفل به ، أو أنا به قبيل ، لأنه بمعنى الكفيل لغة وعرفا . ومنها قوله تعالى : وكفلها زكريا « آل عمـران /٣٧ » أى ضمها الى نفسـه ، وقوله وكفلهـا زكريا ، اما أن تكون بتشديد الفاء ، وهى قراءة الكوفيين ، أو بتخفيفها على قراءة غيرهم ، والمعنى على الأولى وجعل زكريا كافلا لها ، وعلى الثانية ظاهر (٢) .

ومنه قوله تعالى : ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلا » النحل / ٩١ » أى جعلتم الله تعالى مهيمنا ورقيبا ، على ما تعاهدتم عليه ، ووثقتم عقده .

ومن السنة المطهرة ، قول الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ الزعيم غارم » والزعيم هو الكفيل ، والزعامة الكفالة ، والمعنى أن الكفيل ضامن .

---

(١) ابن كثير ، تفسير القرآن العظيم ، ج ١٣ ، ص ٣٢٥ .

(٢) محمد رشيد رضا ، تفسير المنار ، ج ٣ ، ص ٢٤١ .

وفى حديث الخراج بالضمان « الخراج هو الدخل والمنفعة ، أى يملك المشترى الخراج الحاصل من المبيع بضمان الأصل الذى عليه أى بسببه ، فالباء للسببية ، فاذا اشترى الرجل أرضا فاستغلها ، أو دابة فركبها ، أو عبد فاستخدمه ، ثم وجد به عيبا قديما فله الرد ، ويستحق الفله فى مقابلة الضمان للمبيع الذى كان عليه (١) •

ومن أوجه الضمان ما ورد فى حديث : من تطبب ولم يعلم منه طب فهو ضامن « فيه دليل على أن متعاطى الطب يضمن ما حصل من الجناية بسبب علاجه ، وأما من علم منه أنه طبيب فلا ضمان عليه ، وهو من يعرف العلة ، وله مشايخ فى هذه الصناعة شهدوا له بالحذق فيها ، وأجازوا له المباشرة •

« وفى قول الرسول — صلوات الله عليه — لا ضمان على مؤتمن » دليل على أنه لاضمان على من كان أمينا على عين من الأعيان كالوديع والمستعير • أما الوديع فلا يضمن قيل اجماعا الا الجناية منه على العين ، وقد حكى فى البحر الاجماع على ذلك • وتأول ما حكى عن الحسن البصرى ، أن الوديع لا يضمن الا بشرط الضمان ، بأن ذلك محمول على ضمان التفريط ، لا الجناية المتعمدة ، والوجه فى تضمينه الجناية ، أنه صار بها خائنا ، والخائن ضامن ، لقوله — صلى الله عليه وسلم — ولا على المستودع غير المغل ضمان » والمغل هو الخائن • وهكذا يضمن الوديع اذا وقع منه تعد فى حفظ العين ، لأنه نوع من الخيانة •

« أما معنى الضمان فى قول الرسول — صلوات الله عليه وسلم — على اليد ما أخذت حتى تؤديه « وفى رواية : هو أمينك لاضمان عليه ، يعنى العارية » فيه دليل على أنه يجب على الانسان رد ما أخذته يده مال غيره باعارة أو اجارة أو غيرهما ، حتى يرده الى مالكه • وبه استدل من قال بأن الوديع والمستعير ضامنان ، وهو صالح للاحتجاج على التضمين ، لأن المأخوذ اذا كان على اليد الآخذه حتى ترده ، فالمراد

---

(١) الشوكانى ، نيل الاوطار ، جـ ٥ ، ص ٢٤١ .

أنه فى ضمانها ، كما يشعر لفظ على من غير فرق بين مأخوذ ومأخوذ(١).

ومن أوجه الضمان كذلك ، ماروى عن صفوان بن أمية ، أن النبى — صلى الله عليه وسلم — استعار منه يوم حنين أدرعا ، فقال : أغصبا يا محمد ؟ قال : بل عارية مضمونة . قال : فضاع بعضها ، فعرض عليه النبى — صلى الله عليه وسلم — أن يضمنها له ، فقال : أنا اليوم فى الاسلام أرغب » ومعنى قوله : أغصبا معمول لفعل مقدر هو مدخول الهمزة ، أى أتأخذها غصبا لا تردها على ؟ فأجاب — صلى الله عليه وسلم — بقوله : بل عارية مضمونة » فمن استدل بهذا الحديث على أن العارية مضمونة ، جعل لفظ مضمونة صفة كاشفة لحقيقة العارية أى ،أن شأن العارية الضمان . ومن قال : ان العارية غير مضمونة ، جعل لفظ مضمونة صفة مخصصة ، أى أستعيرها منك عارية متصفة ، بأنها مضمونة : لا عارية مطلقة عن الضمان . قوله فعرض عليه أن يضمنها ، فيه دليل على أن الضياع من أسباب الضمان، لا على أن مطلق الضياع تفريط ، وأنه يوجب الضمان على كل حال ، أن يكون تلف ذلك البعض وقع فيه تفريط (٢) .

وقد روى عن سلمة بن الاكوع ، أن النبى — صلىاللهعليهوسلم — أتى بجنازة ليصلى عليها ، فقال : هل عليه من دين ؟ قالوا لا ، فصلى عليه . ثم أتى بجنازة أخرى ، فقال : هل عليه من دين ؟ قالوا نعم ، قال : صلوا على صاحبكم قال أبو قتادة : على دينه يارسول الله ، فصلى عليه » استدل به على جواز ضمان ما على الميت من دين ، ولم يترك وفاء ، وهو قول الجمهور خلافا لأبى حنيفه (٣).

مفهوم العقد

العقد فى اللغة يعنى الأحكام والتوثيق والربط والعهد ، والجمع عقود ، يقال عقدت العهد والحبل ، وعقدت العسل ، فهو يستعمل فى

---

(١) الشوكانى ، نيل الاوطار ، جـ ٥ ، ص ٣٣٤ ، ٣٣٦ .
(٢) الشوكانى ، المرجع السابق ، ص ٣٣٧ .
(٣) ابن حجر ، فتح البارى ، بشرح البخارى ، جـ ٥ ، ص ٣٨٠ .

المعانى والأجسام ، والعقد بهذا المعنى ذا مفهوم واسع ، اذ يشمل ما عقده المرء على نفسه وهى عقود الدين ، من بيع وشراء واجارة وكراء ومناكحة وطلاق ، ومزارعة ومصالحة وتمليك وتخيير وعتق وتدبير ، وغير ذلك من الأمور ، ما كان ذلك غير خارج عن الشريعة • وكذلك ما عقده على نفسه لله من الطاعات كالحج والصيام والاعتكاف والقيام والنذر ، وما أشبه ذلك من طاعات ملة الاسلام • وأما نذر المباح فلا يلزم باجماع من الأمة قاله ابن العربى (١) •

ومن معانى العقد العهد ، وهو ما فسر به البعض لفظة العقود ، فى قوله تعالى : « أوفوا بالعقود » أى أوفوا بالعهود ، والعهد ما يعهد اليك الأجل حفظه ، ويطلب منك القيام به ، يقال عقد اليمين وعقد النكاح أبرمه ، « والذين عقدت أيمانكم » وعقد البيع ، وعقد الشركة ، ويقال عاقدته وعاهدته ، وتعاقدنا وتعاهدنا ، وعهد الله على ما عهد الى عباده حفظه والقيام به أو التلبس به من اعتقاد وأمر ونهى ، وما يتعاقد الناس عليه من العهود هو أوثقها وآكدها ، فالعقد أخص من العهد (٢) • اذ أن العقد يدخل فى عموم العهد ، وينطبق عليه مفهومه •

وقد عرف الفقه العقد بأنه : تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعا ، على وجه يظهر أثره فى المحل •

ويتحلل هذا التعريف الى العناصر الآتية : —

١ — وجود عاقدين ، أو ما يقوم مقامها ، أحدهما الموجب والآخر القابل •

٢ — ارتباط الايجاب الصادر من أحدهما ، بالقبول الصادر عن الآخر •

---

(١) القرطبى ، الجامع لاحكام القرآن ، جـ ٦ ، ص ٢١٣١ .
(٢) محمد رشيد رضا ، تفسير المنار ، جـ ٦ ، ص ٩٨ .
(٣) البابرتى ، شرح العناية على الهداية على هامش شرح فتح القدير ، جـ ٥ ، ص ٧٤ .

٣ — أن يترتب على الايجاب والقبول ، نتائج وآثار ، فى محل العقد أو المعقود عليه •

وقد عرف بعض المحدثين العقد بأنه : ارتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدين ، بقبول الآخر ، على وجه يثبت أثره فى المعقود عليه •

ان هذا المفهوم الشرعى للعقد ، ينم عن النزعة الموضوعية ، التى تسود الفقه الاسلامى ، دون النزعة الذاتية ، فالعقد هو ارتباط الايجاب بالقبول ، لا من حيث أنه ينشىء التزامات شخصية فى جانب المتعاقدين ، وهذا هو المعنى البارز فى النزعة الذاتية ، بل من حيث أنه يثبت أثره فى المعقود عليه ، أى يغير المحل من حالة الى حالة ، وهنـــا تبرز النزعة الموضوعية (١) •

وبذلك يبرز المفهوم المبسط للعقد فى الفقه الاسلامى ، والذى يكتفى فى انشائه ، بتراض المتعاقدين ، المعبر عنه بالايجاب من أحدهما ، والقبول من الآخر ، دون ثمة أمر آخر لانعقاده ، والمعول عليه الارادة الظاهرة للعاقد لا الارادة الباطنة ، وهو أثر من آثار النزعة الموضـــوعية التى تسود الفقه الاسلامى •

وهذه البساطة التى لم تغفل حقيقة من حقائق انشاء العقد ، توصل اليها الفقه الاسلامى فى مراحله الأولى ، ورتب عليها الآثار الشرعية للعقد ، التى يتحمل بها العاقدين ، أقول ان هذه البساطة ، هى التي تبناها النظام القانونى ، فى مرحلته الأخيرة ، وهو ما يبين فى تعريف العقد لدى شراح القانون •

فالعقد تطابق ارادتين أو أكثر ، على انشاء التزام أو نقله أو تعديله أو زواله • أو فى عبارة وجيزة : تطابق ارادتى طرفين على ترتيب أثر قانونى (٢) • ومعنى ذلك أن العقد فى النظر القانونى ، قد يقصد به

---

(١) الاستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ، جـ ١ ، ص ٧٧ •

(٢) محمود جمال زكى ، الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات ، ص ٣٥ •

انشاء التزام ، كما فى عقد البيع ، أو نقل الالتزام ، كما فى عقد الحوالة، أو تعديل الالتزام ، كما فى الاتفاق على اقتران أجل بالالتزام ، أو أنهاء الالتزام كما فى الوفاء الذى ينقضى به الدين (١) •

ويلاحظ على التعريف فى القانون أنه لكى يحـدث العقد ، الأثر القانونى المراد منه ، بانشاء الالتزام أو نقله أو تعديله أو انهائه ، ينبغى أن تتجه ارادة العاقدين الى ترتيب هذا الأثر القانونى ، ومن ثم ، لا يترتب هذا الأثر ، اذا لم تتجه الارادتان الى احداثه •

كما يلاحظ أن نطاق العقد فى الفقه الاسلامى ، يتسع عنه فى النظر القانونى ، اذ يندرج فى مفهومه الاتفاقات المالية ، وغير المالية فكما أن البيع والاجارة والشركة وغيرها عقد ، فان الزواج وما يرتبط به من حقوق الأسرة يعتبر عقدا ، وهو صريح نص القرآن فى قوله تعالى : ولا تعزموا عقدة النكاح ، حتى يبلغ الكتاب أجله » البقرة / ٢٣٥ •

وهذا ما يخالف فيه بعض شراح القانون ، حيث يذهب الى أن الاتفاقات التى تتم فى دائرة علاقات الأسرة ، لا يجوز أن تعد عقودا ، كالاتفاق على الزواج ، وحجتهم فى ذلك أن القانون ، وليست ارادة الطرفين هو الذى ينظم هذه الاتفاقات ، فضلا عن أن الحقوق الناشئة عنها غير مالية ، بينما يقتصر العقد فى تصورهم على ما يتعلق بالحقوق المالية ، وهذا الرأى — كما يقول البعض (٢) • محل نظر ، الأن تدخل القانون فى تنظيم الاتفاقات ، لا يمنع من اعتبارها عقودا ، كما هو الحال فى عقد الايجار وعقد العمل الآن ، كذلك ليس فى القانون ما يوجب أن تكون الحقوق الناشئة عن العقد حقوقا مالية الأن العقد وجد بأركانه وشرائطة ، فتنطبق عليه حقيقته ، ولأن فعل التعاقد صدر من أهله مضافا الى محله ، فالقول بغير ذلك تحكم بغير دليل ، ولا سند من الفقه والواقع •

---

(١) الاستاذ الدكتور عبد الودود يحيى ، دروس فى النظرية العامة العامة للالتزامات « مصادر الالتزام » ص ١٦ .

(٢) الاستاذ الدكتور عبد الناصر العطار ، نظرية الالتزام ، ص ٣١ .

وتجدر الاشارة هنا الى أن العقد فى الفقه الاسلامى ، قد يطلق ويراد به معنى اصطلاحى خاص ، وهو ذلك الذى يصدر عن طرفين بتطابق الايجاب والقبول الحاصل منهما ، على وجه يترتب عليه الأثر الشرعى • ويتم التراضى بالقول أو الفعل ، أو الكتابة أو الاشارة ، فمتى توافقت الارادتـــان على ترتيب الالتـــزام الشرعى ، أيا كانت الوسيلة المستخدمة ، فنحن بصدد عقد بالمعنى الاصطلاحى عند الفقهاء• وهو المعنى الأكثر شيوعا والمتبادر للذهن عند الاطلاق ، لأنه أدل على الحقيقة الشرعية للعقد •

والى جانب هذا المعنى الخاص ، هناك المعنى العام للعقد ، ويطلق على كل التزام شرعى ، يستوى فى هذا العقد بين طرفين ، أو الصادر عن شخص واحد فالعقد بهذا المعنى ينتظم جميع الالتزامات ، التى تنشأ بارادتين كالبيع والاجارة وما الى ذلك ، والتى تنشأ بارادة واحدة، كالوقف والطلاق والابراء والاعتاق ، وكذلك ينتظم جميع التبرعات عند من يرى أنها تتم من جانب واحد هو المتبرع ، كالهبـــة والصـــدقة والوصية (١) • وبمقتضى هذا العموم فى اطلاقات العقد ، فانه يتضمن الى جانب المعنى الاصطلاحى المتمثل فى التوافق بين ارادتى العاقدين، على ترتيب التزام شرعى ، ينطوى على معنى آخر ، هو الالتزام الذى يقطعه المرء على نفسه بارادته المنفردة ، لاحداث أثر شرعى معين ، كما هو الحال فى الوقف والطلاق والابراء ، وبقول آخر توجد الارادة المنفردة عند انشاء التزام أو تعهد فى جانب صاحبها بعبارته الكاشفة عنها وحدها ، دون توقف على شىء آخر (٢) •

---

(١) الاستاذ على الخفيف ، احكام المعاملات الشرعية ، ص ٦٨ •

(٢) الاستاذ الدكتور عبد المجيد مطلوب ، نظرية الارادة المنفردة فى الفقه الاسلامى ، ص ٢٥ •

ويعتنق الفقه القانونى ، النظر الأول الذى يقول به الفقه الاسلامى، اذ يطلق العقد ، ويراد به توافق ارادتين على احداث أثر قانونى ، أما ما يلزم به الشخص نفسه ، فيسمى بالارادة المنفردة ، وهو الرأى الذى له الغلبة والرجحان فى الفقه الاسلامى ، ويجد سنده فى الحقيقة الشرعية والعرفية للعقد ، فهو معاقده بين طرفين ، تتأتى بالربط بين الايجاب والقبول ، بحيث يحدث أثره الشرعى فى المعقود عليه ، على هذا تدل النصوص الشرعية المتعلقة بالعقد ويحرى العرف بين الناس، لذلك كان هو المعنى المتبادر منه عند الاطلاق .

الفصل الثانى

تمييز ضمان العقد عن غيره من صور الضمان

تمهيد : ـــ

تتعدد صور الضمان فى الفقه الاسلامى ، فهناك ضمان العقد ، وضمان اليد ، وضمان الاتلاف ، وقد تتداخل بعض صور الضمان فى بعضها الآخر ، الا أنه يبقى السمة المميزة لكل صورة عن الأخرى ، وأقوى هذه السمات المميزة يبرز فى التفرقة بين ضمان العقد ، كضمان مستقل بذاته عن باقى صور الضمان الاخرى ، كما سنرى • ولعل هذا التمييز الظاهر بين ضمان العقد وغيره من صور الضمان ، يجعلنـــا نعرض فى هذا الخصوص للتفرقة بين المسئولية العقدية ، والمسئولية التقصيرية ، فى الفقه الوضعى •

المسئولية العقدية والتقصيرية فى القانون المدنى : ـــ

تتميز المسئولية العقدية عن المسئولية التقصيرية ، فى التقنين المدنى، أنه كان يجمع بين النوعين العناصر المكونة لهما ، وهى الخطأ ، والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر ، لكن يبقى الاساس المميز بينهما، وهو أن المسئولية العقدية تجب جزاء لعدم تنفيذ العقد ، كمسئولية الناقل فى عقد النقل عن عدم تنفيذ التزامه بالنقل ، ومسئولية المدين بعدم الوفاء بالدين فى عقد القرض • فالمسئولية العقدية ، تنشأ بسبب عدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه الواجب بمقتضى العقد • أما المسئولية التقصيرية فانها تجب جزاء العمل غير المشروع ، الذى يرتب الضرر، مثل اخلال الطبيب بالتزامه فى علاج المريض • ومسئولية الشخص الذى أتلف مال الغير • فالفارق بين نوعى المسئولية ، أن المسئولية العقدية تنشأ عن الاخلال بالتزام فرضه العقد ، بينما المسئولية التقصيرية ،

تنشأ عن الاخلال بالتزامه فرضة القانون • وهو ما نصت عليه م ٢١٥ من التقنين المدنى : اذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا ، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى ، لا يد له فيـــه » •

ويترتب على قيام المسئولية ، عقدية أم تقصيرية ، وجوب التعويض، متى توافرت أركان المسئولية وهى الخطأ والضرر ورابطة السببية ، لكن ثمة فروقا هامة بين المسئولية العقدية ، والمسئولية التقصيرية ، وهى (1) •

— الاعذار : واجب لاستحقاق التعويض فى المسئولية العقدية ، ويعفى الدائن منه فى المسئولية التقصيرية •

— الأهلية : شرط لقيام المسئولية العقدية ، ويكفى التمييز للتحمل بالمسئولية التقصيرية •

— التعويض فى المسئولية العقدية ، يكون عن الضرر المتوقع وقت التعاقد ، ما عدا حالتى الغش والخطأ الجسيم • بينما التعويض فى المسئولية التقصيرية ، يكون عن الضرر المباشر ، المتوقع وغير المتوقع •

— أن التضامن لا يتأتى فى المسئولية العقدية ، الا اذا وجد اتفاق، أو نص يقضى بذلك • بينما التضامن مفترض بحكم القانون فى المسئولية التقصيرية •

— يجوز الاتفاق على الاعفاء من المسئولية ، فى المسئولية العقدية، ولا يجوز الاعفاء من المسئولية ، فى المسئولية التقصيرية •

— تخضع المسئولية العقدية ، للقاعدة العامة فى التقادم ، فتسقط بمضى خمس عشرة سنة • أما المسئولية التقصيرية فتتقادم — فى القاعدة العامة — بثلاث سنوات ، واســتثناء بخمس عشر سنة ، أو لاتتقادم اذا كان الفعل الضار جريمة ، الا بسقوط الدعوى الجنائية •

---

(1) د • محمود جمال زكى ، الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات • ص ٤٤٩ ، ٤٥٠ •

ضمان العقد وضمان الفعل فى الفقه الاسلامى : —

ضمان العقد هو المقابل للمسئولية العقدية ، وضمان الفعل هو المقابل للمسئولية التقصيرية فى الفقه الاسلامى ، والضمان فى كل من النوعين يرتب مسئولية محددة ، تختلف فى ضمان العقد عن ضمان الفعل •

أولا : ضمان العقد : —

أما ضمان العقد ، فهو الضمان الذى يكون منشؤه العقد ، عن طريق الاتفاق بين المتعاقدين ، أو النص عليه فى العقد • فمن قبيل ما يتفق عليه المتعاقدان الصداق المعين ، وبدل الخلع ، والصلح عن الدم ، ومن قبيل المنصوص عليه فى العقد ، ما ينص عليه فى العقود ، كعقد البيع أو السلم أو الاجارة أو الصلح (١) • فالضمان فى العقد ، المرجع فيه ارادة المتعاقدين فكل ما يتراض عليه العاقدان فى العقد ، ويلتزمان به ، فهو من ضـمان العقد ، سـواء تم ذلك بالاتفـاق أو النص •

ويتأتى ضمان العقد ، فى عقود المعـاوضات ، وهى العقود التى ترتب التزامات متقابلة على عاقديها ، كما فى عقد البيع ، وعقد العمل ، وغيرها ، والضمان فيها ، يكون بتنفيذ كل متعاقد لالتزامه فيها اما باختياره أو جبرا عنه ، وهذا هو الأصل فى الضـمان الشرعى ، لأنه يتأسس على تنفيذ محل العقد ، وتحقيق ما هدف اليه المتعاقدان ، ولا يكون ذلك الا بتنفيذ عين الالتزام ، لا بدله (٢) •

(١) السيوطى ، الاشباه والنظائر ، ص ٣٩٠ •

(٢) يقول الكاسانى فى تقرير ذلك : فتسليم البدلين واجب على العاقدين ، لأن العقد أوجب الملك فى البدلين ، ومعلوم أن الملك ما ثبت لعينة ، وانما ثبت وسيله الى الانتفاع بالملوك ولا يتهيـأ الانتفاع به ، الا بالتسليم ، فكان ايجاب الملك فى البدلين شرعا ، ايجابا لتسليمهما ضرورة ، ولأن معنى البيع لا يحصل الا بالتسليم والقبض ، لأنه عقـد =

أما الضمان بالتعويض ، فانه يكون حيث وقع ضرر مالى بالعاقد ، بأن فوت أحد العاقدين على الآخر ، حقه الثابت له بمقتضى العقد ، والضمان يتم وفقا لما نص عليه فى العقد ، يقول صاحب مغنى المحتاج : والمذهب أن اتلاف البائع المبيع ، كتلفة بآفة سماوية ، فينفسخ البيع فيه ، ويسقط الثمن عن المشترى لأن لا يمكن الرجوع على البائع بالبدل ، لأن المبيع مضمون عليه بالثمن ، فاذا أتلفه سقط الثمن ، وقطع بعضهم بهذا • ومقابله قول أنه لا ينفسخ البيع ، بل يتخير المشترى ، فان فسخ سقط الثمن ، وان أجاز غرم البائع القيمة ، وأدى له الثمن ، وقد يتقاصان (١) • والضمان وان وجب بالاتلاف ، لكن الأساس فيه عقد البيع وارادة المتعاقدين ، لأنه أثر من آثار العقد ، وحكم من أحكامه ، اذ يترتب عليه ، وجوب وفاء كل عاقد بالتزامه •

وفى عقد الاجارة ، فان الضمان فيها ظاهر ، ويجب الضمان فيها بأحد أمرين ، التعدى ، فيجب عليه المقابل له ، واذا أتلف المعقود عليه ضمنه يقول ابن رشد : فأما بالتعدى ، فيجب على المكرى باتفاق • والخلاف انما هو فى نوع التعدى الذى يوجب ذلك أو لا يوجبه ، وفى قدره ، فمن ذلك اختلاف العلماء ، فيمن أكترى دابة الى موضع ما ، فتعدى بها الى موضع زائد على الموضع الذى انعقد عليه الكراء • فقال الشافعى وأحمد : عليه الكراء الذى التزمه الى المسافة المشترطة ، ومثل المسافة التى تعدى فيها • وقال مالك : رب الدابة بالخيار ، فى أن يأخذ كراء دابته فى المسافة التى تعدى فيها ، أو يضمن له فيه الدابة • وقال أبو حنيفة : لاكراء عليه فى المسافة المتعداه ، ولاخلاف أنها اذا تلفت فى المسافة المتعداه ، أنه ضامن لها فعمدة الشافعى ، أنه تعدى على المنفعة،

=

مبادلة ، وهو مبادلة شىء مرغوب بشىء مرغوب ، وحقيقة المبادلة فى التسليم والقبض لأنها أخذ بدل واعطاء بدل ، وانما قول البيع والشراء . وهو الايجاب والقبول ، جعل دليلا عليهما ، ولهذا كان التعاطى بيعا عندنا . بدائع الصنائع ، جـ ٥ ، ص ٢٤٣ .

(١) الخطيب ، مغنى المحتاج ، جـ ٢ ، ص ٦٧ .

فلزمه أجرة المثل ، أصله التعدى على سائر المنافع • وأما مالك ، فكأنه لما حبس الدابة عند أسواقها ، رأى أنه قد تعدى عليها فيها نفسها، فشبهه بالغاصب ، وفيه ضعف وأما مذهب أبى حنيفه ، فبعيد حدا ، كما تقتضيه الأصول الشرعية •

••• وأما الذين اختلفوا فى ضمانهم من غير تعد ، الا من جهة المصلحة ، فهم الصناع ، ولاخلاف عندهم ، أن الاجير ليس بضامن ، لما هلك عنده مما استؤجر عليه ، الا أن يتعدى • ما عدا حامل الطعام والطحان ، فان مالكا ضمنه ما هلك عنده ، الا أن تقوم له بينه على هلاكه من غير سببه • وأما تضمين الصناع ما ادعوا هلاكه من المصنوعات المدفوعة اليهم ، فانهم اختلفوا فى ذلك : فقال مالك وابن أبى ليلى وأبو يوسف : يضمنون ما هلك عندهم (١) •

ومفاد هذا الرأى ، أن مخالفة المتفق عليه أو المنصوص فى العقد ، يوجب الضمان ، فمن اتفق على أن ينقل شيئا لمسافة معينة ، فتجاوزها، لزمه الضمان ، وهو يشبه المخالفة فى عقد النقل فى القانون ، والضمان فيه أساسه عقد الاجارة فى الشرع ، اذ أن العقد هو الذى رتب الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد لكل طرف من الأطراف • وبالنسبة للتضمين الذى سببه المصلحة والحفظ ، فقد ذهب مالك وأبو يوسف ، الى تضمين الصناع ، ما أتلفوه ، وما هلك فى أيديهم ، خشية الاهمال والتفريط •

وذهب أحمد الى هذا الرأى ، فالأجير المشترك ، وهو الذى يتقبل الأعمال من الناس ، ويعمل لهم ، ضامن لما جنت يداه • والحائك اذا أفسد حياكته ضامن لما أفسد ، نص أحمد على هذه المسألة فى رواية ابن منصور والقصار ضامن لما أفسد من طبيخه ، والخباز ضامن لما أفسد من خبزه والحمال يضمن ما يسقط من حمله عن رأسه ، أو تلف من عثرته• والجمال يضمن ما أتلف بقوده وسوقه وانقطاع حبله الذى يشد به

---

(١) ابن رشد ، بداية المجتهد ، جـ ٢ ، ٢٣١ ، ٢٣٢ •

حمله . والملاح يضمن ما تلف من يده أو جذفه ، أو ما يعالج به السفينة.

لما روى جعفر بن محمد عن أبيه عن على ، أنه كان يضمن الصناع والصواغ ، وقال : لا يصلح الناس الا ذلك .... ولأن عمل الأجير المشترك مضمون عليه ، فما تولد منه يجب أن يكون مضمونا كالعدوان بقطع عضو ، بخلاف الأجير الخاص . والدليل على أن عمله مضمون عليه ، أنه لايستحق العوض الا بالعمل ، وأن الثوب لو تلف حرزه بعد عمله ، لم يكن له أجر فيما عمل فيه ، وكان ذهاب عمله من ضمانه (١). ويذهب ابن حزم الى وجوب الضمان بالتعدى وتضييع المال فى عقد الاجارة (٢) .

وبذلك يتقرر الضمان بالتعويض ، فى العقود ، نتيجة مسلك العاقد الخاطىء ، الذى نشأ عنه الاضرار بالعاقد الآخر ، بتضييع المال أو اتلافه ، أو تفويت حق العاقد الآخر فى العقد ، واذهاب المنفعة التى يحصل عليها من جراء العقد .

ومن هذا نعلم أن المسئولية العقدية ، فى الفقه القانونى ، تختلف عن ضمان العقد فى الفقه الاسلامى ، من حيث أن الاولى تجب جزاء لعدم تنفيذ العقد ، فلا تقوم المسئوليـــة العقدية ، متى كان التنفيذ العينى ممكنا ، اذ أن المسئولية العقدية ، لاشأن لها بالتنفيذ العينى للالتزام العقدى ، وهو ما يميز ضمان العقد فى الفقه الشرعى ، فانه

---

(١) ابن قدامة ، المغنى ، جـ ٥ ، ص ٥٢٥ .

(٢) يقول ابن حزم : ولاضمان على أجير مشترك أو غير مشـــترك ، ولا على صانع اصلا ، الا ماثبت أنه تعدى فيه أو اضـــاعه ، والقـــول فى كل ذلك ما لم تقم عليه بينه . قوله مع يمينه ، فان قامت عليه بينة بالتعدى أو الاضاعة ضمن ، وله فى كل ذلك الاجره ، فيما اثبت أنه كان عمله فان لم تقم بينه ، خلف صاحب المتاع أنه ما يعلم أنه عمل ما يدعى أنه عمله ، ولا شىء عليه حينئذ وبرهان ذلك قوله الله تعالى : لا تأكلو أموالكم بينكم بالباطل « فمال الصانع والاجير حرام على غيره ، فان اعتدى أو اضاع لزمة حينئذ أن يعتدي عليه بمثل ما اعتدى والاضاعة لما يلزمه حفظه تعد ، وهو ملزم حفظ ما استعمل فيه بأجر أو بغير أجر ، لنهى الرسول — صلى الله عليه وسلم — عن اضاعة المال ...» . المحلى جـ ٨ ، ص ٢٠١ .

يعنى بالدرجة الأولى التنفيذ العينى للعقد ، اختيارا أو اجبارا ، الا ان ضمان العقد له مفهوم أوسع ، بما يعنيه من جواز التعويض عن الضرر المحقق الذى يترتب على المسلك الخاطىء للعاقد ، وبذلك يشمل الضمان فى الشرع التنفيذ العينى ، والتعويض عن الضرر الواقع بالفعل .

ثانيا : ضمان الفعل : —

ضمان الفعل ، هو الضمان الذى يجب بسبب العمل غير المشروع الذى يلحق بالمال ، ويرتب الضمان بمعنى التعويض . وهذه الأسباب ثلاثة كما يقول صاحب الفروق ، فمتى وجد واحد منها وجب الضمان ومتى لم يوجد واحد منها ، لم يجب الضمان . أحدها : التفويت مباشرة كاحراق الثوب ، وقتل الحيوان وأكل الطعام ونحو ذلك . وثانيها : التسبب للاتلاف ، كحفر بئر فى موضع لم يؤذن فيه ، ووضع السموم فى الأطعمة ووقود النار بقرب الزرع أو الاندر ونحو ذلك ، مما شأنه فى العادة أن يفضى غالبا للاتلاف . وثالثها : وضع اليد غير المؤتمنه ، فيندرج فى غير المؤتمنة يد الغاصب ، والبائع يضمن المبيع الذى يتعلق به حق توفيه قبل القبض ، فان ضمان البيع الذى هذا شأنه منه ، لأن يده غير مؤتمنة ، ويد المتعدى بالدابة فى الاجارة ونحوها . ويخرج بهذا القيد يد المودع وعامل القراض ، ويد المساقى ونحوهم ، فأنهم أمناء ، فلا يضمنون . وقولنا اليد غير المؤتمنة ، خير من قول من قال اليد العادية ، لأنها لا تعم هذه الصور المتقدمة ، وانما يندرج فيه الغاصب ونحوه .

وحد السبب ما يقال عادة حصل الهلاك به من غير توسط ، والتسبب ما يحصل الهلاك عنده بعلة أخرى ، اذا كان السبب هو المقتضى لوقوع الفعل بتلك العلة كحفر البئر فى محل عدوانا ، فيتردى فيها بهيمة أو غيرها ، فان أرداها غير الحافر ، فالضمان عليه دون الحافر ، تقديما للمباشر على المتسبب ، ويضمن المكرة على اتلاف المال ، لأن الاكراه

سبب ، وفاتح القفص بغير اذن ربه ، فيطير ما فيه ، حتى لا يقدر عليه، والذى يحل دابة من رباطها أو عبدا مقيدا خوف الهرب ، فيهرب ، لأنه متسبب (١) .

وبهذا يظهر ضمان الفعل ، فى اتلاف المال مباشرة باحراقه أو اغراقه أو أكله . وفى التسبب بالاتلاف ، كحفر البئر فى غير ملكه فيتلف الحيوان، واشعال النار فتحرق الزرع والمكره على اتلاف المال . وفى وضع اليد غير المؤتمنة ، وهى اليد التى يجب على صاحبها الضمان ، كيد الغاصب، ويد المتعدى فى الاجارة ، وضمان البائع اذ استحق المبيع ، فاليد فيها يد ضمان . وعند البعض يجب الضمان بأربعة أشياء : اليد والمباشرة ، والتسبب ، والشرط (٢) . ويتحقق فى ايجاد ما يتوقف عليه الاتلاف وليس بمباشرة ولا تسبب .

---

(١) القرافى ، الفروق ، جـ ٤ ، ص ٦ع .

(٢) يقول العز بن عبد السلام : فاما اليد فالغصوب ، والايدى الضامنه من غير غصب وأما المباشرة فهى ايجاد علة الهلاك ، وتنقسم الى القوى والضعيف والمتوسط . فأما القوى فكالذبح والاحراق والاغراق وايجاد السموم المذففة والحبس مع المنع من الطعام والشراب . وأما الضعيف فظن المغرور بنكاح الامة اذا أحبلها ظانا أنها حرة ، يضمن ما فات من حرية الولد بظنه فتلزمة قيمته عند الولادة يرجع بها على من غره ، لان تسبب غارة ههنا أقوى من مباشرته بظنه .... وأما المتوسط فكالجراحات السارية ، وقد تتردد صور بين الضعيف والمتوسط لغريز الابرة فيختلف فيها . وأما التسبب فايجاد علة المباشرة ، وهو منقسم الى قوى وضعيف ومردد بينهما وله أمثلة . أحدها الاكراه ، وهو موجب للقصاص والضمان على المكره ، لانه ملجىء المكرة الى المباشرة . الثانى : اذا شهد بالزنا على انسان فقتل بشهادته أو رجم فى الحد بشهاداته ، فانه يلزمه الضمان والقصاص ... والثالث : اذا حكم الحاكم بالقتل جائرا فى حكمه لزمة القصاص ، لانه وحد فى الولى داعية استيفاء القصاص .

وأما الشرط فعنى ايجاد ما يتوقف عليه الاتلاف ، وليس بمباشرة ، ولا تسبب كالممسك مع المباشر أو المتسبب ، لانه لم يصدر منه شيء من أجزاء القتل ، وانما هو ممكن للقاتل من القتل ، وقد خالفنا مالك فى ذلك مبالغة فى صيانة الدماء ، واستدلالا بقول عمر — رضى الله عنه — فى قتيل قتله جماعة : لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به . قواعد الاحكام ، جـ ٢ ، ص ١٥٤ — ١٥٦ .

ويضيف البعض الآخر الحيلولة ، كسبب من أسباب ضمان الفعل، فضمان الفعل عنده يشـــمل : اليد مؤتمنـــة كانت الوديعـــة ، والشركة والوكالة ، والمقارضة اذا حصل التعدى أولا : كالغصب والسوم والعارية والشراء فاسدا . الاتلاف نفسا أو مالا .

ويفارق الحيلولة ضمان اليد ، فى أنه يتعلق الحكم فيه بالمباشر دون السبب . وضمان اليد يتعلق بهما — أى بالمباشر والتسبب .

الحيلولة (١) .

ما هية يد الضمان ويد الأمانة : —

يختلف وضع اليد على المال من حالة لأخرى ، بحسب السبب فى وضع اليد ، فاذا كان وضع اليد على المال لا يستند الى اذن شرعى أو اذن عرفى أو اذن من المالك ، فان اليد تكون يد ضمان ، وهو اليد التى لا تستند الى اذن مطلقا ، مثل يد الغاصب ، ويد القابض مالا يعتقده لنفسه ، فاذا هو لغيره ، فان يده يد ضمان .

وهذا التحديد ليد الضمان يبين يد الأمانة : حيث تقابل احداهما الأخرى فهى اليد التى تستند الى اذن شرعى كاللقطه ومال اللقيط ، وقبض المغصوب من الغاصب للولاه والحكام . وقبض الحاكم أموال الغيب التى لا حافظ لها . ومن ذلك قبض أموال المجانين والمحجور عليهم بســفه أو صــغر ، وحفظ أموال الغيب والمحبوســين ، الذين لا يتمكنون من حفظ أموالهم ، ومنها من طيرت الريح ثوبا الى حجره أو داره ، ومنها المودع اذا مات المودع والوديعة عنده ، ومنها قبض المضطر من طعام الأجانب ما تدفع به ضرورته ، وكذلك سرقة أموال أهل الحرب ، وكذلك قبض الانسان حقه ، اذا ظفر به ، بجنسه أو بغير جنسه (٢) . فان اليد فيها يد أمانة ، فلا يضمن صاحبها .

---

(١) السيوطى ، الاشباه والنظائر ، ص ٣٩٠ .

(٢) العز بن عبد السلام ، قواعد الاحكام ، ج ٢ ، ص ٨٣ .

ومن قبيل يد الأمانة ، اليد التى تستند الى اذن عرفى ، كالمنقذ لمـــال غيره من التلف (١) ، كذلك اليـــد التى تســـتند الى اذن من المالك صراحة أو ضمنا ، مثل قبض المبيع ، وقبض المتساوم عليه ، والقبض بالبيع الفاسد ، وقبض الرهون ، والهبات والصـــدقات ، والعوارى ، وقبض جميع الأمانات (٢) ، فان قبض المال فى هذه الصور يكون باذن صاحبه ، لذلك فان اليد عليه تعتبر يد أمانه ، لا ضمان فيها .

وأما ما قبض من مالكه بعقد لا يحصل به الملك ، فثلاثة أقسام ، كما يقول صاحب القواعد :

أحدها : ما قبضه لمصلحة نفسه كالعارية ، فهو مضمون فى ظاهر المذهب . قالوا لأن الاذن انما تعلق بالانتفاع ، وقبض العين وقع من حيث اللزوم ، فهو كقبض المضطر مـــال غيره لاحياء نفسه ، لا يسقط عنه الضمان . لأن اذن الشرع ، تعلق باحياء نفسه ، وجاء الاذن فى الاتلاف من باب اللزوم .

القسم الثـــانى : ما أخذ لمصلحة مالكه خاصة كالمودع ، فهو أمين محض بالكف اذا تلفت الوديعة من بين ماله ، ففى ضمانه خلاف . فمن الأصحاب من يبنيه على أن قوله هل يقبل فى ذلك أم لا . ومنهم من يقول تلفها من بين ماله أمـــارة على تفريطه فيها . وقد فرق أحمد بين الوديعة والعارية ، بأن اليد فى العارية آخذه ، وفى الوديعة معاطاة ، وهو يرجع الى تعيين جهة المصلحة فيهما .

القسم الثـــالث : ما قبضه لمنفعة تعود اليهما ، وهو نوعان :

أحدهما : ما أخذه على وجه الملك فتبين فساده ، أو على وجـــه السوم ، فأما الأول فهو المقبوض بعقد فاسد ، وهو مضمون فى المذهب ، لأنه قبض على وجه الضمان ، ونقل ابن مشيش وحرب عن أحمد مايدل على أنه غير مضمون كالمقبوض على وجه السوم .

(١) ابن رجب الحنبلى ، القواعد ، ص ٥٥ .

(٢) العز بن عبد السلام ، قواعد الاحكام ، ص ٨٤ .

النوع الثانى : ما أخذ لمصلحتهما على غير وجه التمليك لعينه كالرهن والمضاربه والشركة والوكالة بجعل والوصية كذلك ، فهذا كله أمانة على المذهب ، وفى الرهن رواية أخرى تدل على ضمانه ، وتأولها القاضى ، وأثبتها ابن عقيل ، والأعيان المستأجرة والموصى بمنفعته أمانة كالرهن ، لأنه مقبوض على وجه الاستحقاق(١) .

ويلاحظ أن قبض المال فى الصور الثلاث ، قبض مؤسس على العقد ، لكن العقد لا يفيد نقل الملكية ، وانما يتم بقصد تحقيق المصلحة للقابض أو لحفظ المال ، أو لمنفعة الطرفين ، فما كان القبض لمصلحة القابض بصفة خاصة ، فيجب عليه الضمان ، كما فى العارية ، اذ الغرم بالغنم ، والخراج بالضمان بمقتضى القواعد الشرعية . وما كان القبض فيه لمصلحة المالك خاصة كالمودع ، فهو أمانة ، لا يجب عليه الضمان ، اذ الأمانة تغاير الضمان ، لأنه بقصد حفظ المال ، فلا يضار من جراء ذلك . وما كان قبض المال فيه لمنفعة الطرفين ، فيفرق بين ما اذا كان القبض على سبيل الملك ، فظهر فساده ، يجب الضمان فيه ، لأن القبض فيه من باب الضمان . وبين قبض لمصلحتهما لغرض غير التمليك كالرهن والمضاربة والشركة والوكالة بأجر والوصية ، فلا يجب الضمان فيه ، وهو أمانة ، اذ التمليك فى العقد ، موجب للضمان ، فغيره لا يوجب الضمان ، ما لم يدل الدليل على غير ذلك .

ولا شك أن القبض فى هذه الصور ، انما تم باذن المالك ، وهو ما يرجح يد الأمانة فيها ، فقد رأينا أن الضمان لا يجب الا عندما كان القبض لمصلحة القابض خاصه ، وفيما عدا ذلك ، فان اليد يد أمانه ، فالاذن وعدمه سبب معفى أو موجب للضمان (٢) .

---

(١) ابن رجب الحنبلى ، القواعد ، ص ٥٩ — ٦١ .

(٢) يقسم العز بن عبد السلام الاذن ضربان : احدهما : ما ترجع فائدته الى المأذون له ، فان كان من المنافع فهو العوارى ، وان كان من الاعيان فهى المنائح والضيافات ، والاصح أن القرض اذن فى الاتلاف ، بشرط الضمان ، فلا يفتقر الى القبول بالقول .

الحيلولة :

الحيلوله ، كما يدل عليه اسمها ، منع المـال عن صاحبه ، على وجه لا يتمكن من الانتفاع به أو التصرف فيه • وقد اعتبر بعض الفقهاء الحيلوله سببا من أسباب الضمان متىحيل بين صاحب الحق وماله ، ولعل أظهر صور الحيلوله ، فى الوديعة ، والعارية والرهن ، وتتأتى الحيلوله ، بمخالفة المودع عنده ، والمستعير ، والمرتهن لمـا أوجبه المودع والمعير والراهن عليه • اذ بهذه المخالفه يفوت حق المـالك فى المـال • ففى الوديعة مثلا ، لو أعطى الوديعة غيره من غير ضرورة ضمنها ، لأن المـودع لم يرض بأمانه غيره ، فان هلكت عند الثانى ، جاز لصاحبها أن يضمن الأول ، لأنه سلم ما لم يكن له تسليمه ، وله أن يضمن الثانى ، لأنه أخذ ما لم يكن له أخذه •

وكذلك ان طالبه المودع برد الوديعة ، فأخر من غير عذر ، ضمن ، لأنه مفرط[1] •

وفى العارية ، فان على المستعير أن يمكن المعير من الانتفاع بالشىء المعـار ، أو التصرف فيه على ما أراد ، فاذا فعل ما يخل بالعقد أو بحق المعـير ، فهو ضامن ، من أجل ذلك ، فليس للمستفيد أن يعير المعار ، ولا أن يؤجره الا باذن ربه ، لأنه لا يملك منافعه ، فلا يصح أن يبيحها ، ولا أن يبيعها ، ولا يودعه ••• فان أعار المستع يربلا اذن المعير فتلفت العارية عند المستعير الثانى ضمن رب العين القيمة والمنفعة أيهما شاء ، أما الأول فلأنه سلط غيره على أخذ مال غيره بغير اذنه ، أشبه ما لو سلط

=

الضرب الثانى : ما ترجع فائدته الى الاذن ، فان كان من الاستصناع كالحلق والحجامة والدلك ، ففى استحقاق الاجرة به خلاف ، وان كان من التصرف القولى ، فهو التوكيل فى اصناف المعاملات وان كان تصرفا فعليا كالقبض والاقباض فهو التوكيل فى كل ما يتعلق به الاذن من الافعال القابلة للتوكيل •

قواعد الاحكام ، جـ ٢ ، ص ٨٧ .

(١) الشيرازى ، المهذب ، جـ ١ ، ص ٤٧٤ — ٤٧٦ .

على مال غيره دابة فأكلته ، وأما الثانى فلأن العين والمنفعه فأتا على ما لكهما فى يده ، والقرار فى ضمانها على الثانى ، لأنه المستوفى للمنفعة بدون اذن المـالك ، وتلف العين انما حصل تحت يده ، ومحل ذلك ان كان الثانى عالما بالحال ... كمـا يجب على المسـتفيد الرد للعـارية بمطالبة المـالك له بالرد ، ولو لم ينقض غرضه منها ، أو يمضى الوقت ، لأن الاذن هو المسلط لحبس العين وقد انقطع بالطلب • ويجب الرد أيضا بانقضاء الغرض من العين المعارة ، لأن الانتفاع هو الموجب للحبس وقد زال • وبانتهاء التأقيت ، ان كانت العارية مؤقتة لانتهائها ، وبحوث المعير أو المستعير ، لبطلان العارية بذلك ، لأنها عقد جائز من الطرفين ، وحيث تأخر الرد فيما ذكرنا ففيه أى المعار أجره المثل ، لمدة تأخره لصيدورته أى المعار كالمغصوب ، قاله الحارثى لعدم الاذن فيه ، وعلى مستعير مؤنة رد العارية الى مالكها كمغصوب ، لقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ على اليد ما أخذت حتى تؤديه »(١) •

وفى عقد الرهن ، فان حق الراهن فى العين المرهونة باق ، لأنه وضع تحت يد المرتهن للاستيثاق بالدين ، فيمتنع المرتهن عن كل ما يحول بينه وبين حقه فى المرهون ، ومن ذلك أنه ليس للمرتهن الانتفاع بالرهن بغير اذن الراهن ، لأن الرهن ملك الراهن ، وكـذلك نماؤه ومنافعه ، فليس لغيره أخذها بغير اذنه ، فلا يتصرف من غير رضاه ، واذا وفى الراهن الدين ، وسأله رده اليه ، لزم من هو فى يده من المرتهن أو العدل دفعه اليه ، اذا أمكنه ، فان لم يفعل صار ضامنا كالمودع اذا امتنع من رد الوديعة عند طلبها ، وان كان امتناعه لعذر مثل ان يكون بينه وبينه طريق مخيف أو باب مغلق لا يمكن فتحه ، أو كان يخاف فوت جمعة أو جماعه أو فوت صلاة ، أو به مرض أو جوع شديد وما أشبهه ، فأخر التسليم لذلك فتلف ، فلا ضمان عليه ، لأنه لا تفريط منه ، فأشـبه المودع (٢) •

---

(١) البهوتى ، كشاف القناع ، ج ٤ ، ص ٧٢ ، ٧٣ •

(٢) ابن قدامة ، المغنى ، ج ٤ ، ص ٤٣٩ ، ٤٤٠ •

ومن استقراء نصوص الفقه ، يتبين الآتى :

١ — أن الحيلولة ، ليس سببا مستقلا للضمان ، اذ أنه يندرج تحت الضمان بسبب وضع اليد العادية ، أو بتعبير أكثر دقه وضع اليد غير المؤتمنه ، ويلتزم واضع اليد برده الى صاحبه ، وتمكينه من الانتفاع به أو التصرف فيه ، وعدم الحيلولة بينه وبين ماله ، فان أخل بالتزامه هذا ، وجب عليه الضمان ، فالضمان لا يتأتى الا بعد تعذر رد العين الى صاحبها ، وتحقق الحيلولة بين المالك وماله ، ومنعه من الانتفاع به أو التصرف فيه •

٢ — أن الضمان فى الحيلولة ، لا يشترط فيه اتلاف المال أو أو تضييعه ، وانما يكفى فيه تفويت الحق على صاحبه ، بمنعه من استخدامه أو التصرف فيه ، وأظهر الأمثلة على اليد العادية أو الحيلولة ، الغصب ، فمن أخذ مال آخر قهرا عنه ، فعليه رده بعينه • ما دام قائما ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « على اليد ما أخذت حتى ترد » وقال عليه الصلاة والسلام : « لا يحل لأحد أن يأخذ متاع أخيه لاعبا ولا جادا ، فان أخذه ، فليرده عليه » ولأن اليد حق مقصود وقد فوتها عليه ، فيجب اعادتها بالرد اليه ، وهو الموجب الأصلى على ما قالوا ، ورد القيمة مخلص خلفا ، لأنه قاضى ، اذ الكمال فى رد العين والمالية ، وقيل الموجب الأصلى القيمة ، ورد العين مخلص ، ويظهر ذلك فى بعض الأحكام(١) • فالغاصب بأخذه المال المغصوب ، أزال يد صاحبه عنه ، وحال بينه وبين استخدامه ، والمال باق ، على الغاصب رده لصاحبه بحالته التى غصب بها •

٣ — أن الضمان فى الحيلولة ، يكون بسبب فعل غير مشروع ، يضر بمالك المال ، لكن مصدر الضمان فيه قد يكون العقد ، كما فى الوديعة أو العارية أو الرهن كما رأينا ، وقد يكون وضع اليد العادية كما فى الغصب ، ويترتب على الحالتين الضمان ، بسبب المسلك الخاطىء

---

(١) المرغينانى ، الهداية ، جـ ٤ ، ص ١٢ . والغصب هو أخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجة يزيل يده .

لواضع اليد على المـــال ، الذى ترتب عليه الحيلولة بين المـــالك وماله ، الأمر • الذى أدى الى الاضرار به •

التفرقة بين ضمان الفعل والمسئولية التقصيرية :

ان النظر الى المسئولية التقصيرية فى الفقه القانونى ، وضمان الفعل فى الفقه الشرعى ، يتضح منه أن نطاق ضمان الفعل أوسع مدى ، وأكثر شمولا عنه فى المسئولية التقصيرية • فان ضمان الفعل يشمـــل ضمان اليد العادية ، أو اليد غير المؤتمنه ، وضمان الاتلاف ، وضمـــان الحيلولة ، كما يشمل ضمان الشرط ، فانه يعبر بلفظ الشرط عن الأسباب أو عن أسباب الأسباب ، فأما التعبير بلفظ الشرط عن الأسباب ، مثل قوله تعالى : « فمن اعتدى عليكم ، فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » ومعلوم أن الاعتداء الأول ، سبب الاعتداء الثانى • وأما التعبير بلفظ الشرط عن أسباب الاسباب المحذوفة ففى قوله تعالى : « فمن كان منكم مريضا أو على سفر ، فعده من أيام أخر » تقديره ، فمن كان منـــكم مريضا أو على سفر فأفطر ، فعليه صوب عدة من أيام أخر ، فالمرض والسفر سببان لجواز الافطار ، والافطار سبب لصوم عدة من أيـــام أخـــر(١) •

أما المسئولية التقصيرية ، فان نطاقهـــا يقتصر على الالتـــزام بتعويض الضرر الذى يحيق بالغير ، وهو ما نصت عليـــه م ١٦٣ من التقنين المـــدنى : كل خطـــأ ســـبب ضررا للغـــير يلزم من ارتكبـــه بالتعويض » وهذا النطاق أضـــيق من نطاق ضـــمان الفعل فى الفقـــه الشرعى ، لأنه يتسع لكل صور الضمان الأربعة ، والضمان فيها ، يشمل وجوب التنفيذ العينى ، وعند التعذر يكون بالتعويض عنه ، كمـــا أن التعويض عن ضمان الفعل ، يكون عن الضرر المحقق بالاتـــلاف أو تضييع المـــال ، كما يكون بتفويت حق المـــالك فى المـــال ، ومنعه من الانتفاع به أو التصرف فيه ، كما رأينا فى الحيلوله ، بالاضافة الى أن

---

(١) العزبن عبد السلام ، قواعد الاحكام ، جـ ١ ، ص ١٠٥ •

ضمان الفعل ، يتأسس فى بعض حالاته على وقائع مادية غير مشروعه ، أساسها العقد ، كما فى الوديعة والعارية ، وان عموم قول الرسول — صلى الله عليه وسلم — « لا ضرر ولا ضرار » ما يدل على منع الضرر فى كافة صوره وأشكاله ، فالمبادره بالضرر ممنوعة ، بأخذ المال أو التعرض له ، ومقابلة الضرر بمثله ممنوع وازالة الضرر ورأب الصدع مطلوب ، ذلك أن الحديث جمع بين الضرر والاضرار ، والضرر يكون ابتداء ، والضرار يكون جزاء له ، ورد عليه ، وهو ما يغطى الضمان بنوعيه سواء كان ضمان عقد ، أو ضمان فعل ، الا أن دلالته على ضمان الفعل ، أوضح ، لأن الضمان فيه يجب جزاء للفعل غير المشروع •

وثمة فرق آخر ، بين المسئولية التقصيرية ، وضمان الفعل ، حاصله أن المسئولية التقصيرية ، تتقادم بمضى ثلاث سنوات ، ولا يتقادم ضمان الفعل بمضى المدة ، لأن الفعل غير المشروع الذى يتلف المال ، ينبغى جبره ، والتعويض عنه ، بما يدرأ ضرره ، ويزيل تلفه •

التفرقة بين ضمان العقد وضمان الفعل :

يظهر الفرق بين ضمان العقد ، وضمان الفعل ، من حيث أن اساس الضمان فى الأول العقد ، أو التصرف القانونى الذى نشأ بين العاقدين ، ورتب التزامات على كل منهما ، يتحمل كل منهما الضمان عن الوفاء بها ، وكذا عند الاخلال بها ، بعدم تنفيذها ، وايقاع الضرر بالمتعاقد الآخر • بينما نجد أن أساس ضمان الفعل ، هو الواقعة غير المشروعة ، التى يرتب عليها الشارع التعويض •

— ومن ناحية أخرى فان ضمان العقد ، المرجع فيه ارادة المتعاقدين ، فما يتفق عليه كلاهما ، أو ما ينصا عليه فى العقد ، يكون

مقدار الضمان ، فلا يشترط فيه أن يكون مساويا للاتلاف أو تضييع المـال ، محل العقد ، لأن ما يتراضى عليه العاقدان ، يصير شريعه واجبه التنفيذ . أما ضمان الفعل ، فانه يجب فيه المساواة بين البدلين فى القيمة، لذلك كان الضمان فيه جاريا على مقتضى المثـل أو القيمة(١) . اذ به يتحقق المماـاثلة والمكافأة .

— أن ضمان العقد ، يتطلب وجود عقد صحيح ، توفرت فيـه شروط الانعقاد والصحة والنفاذ واللزوم ، لذلك فانه يشترط فى ضمان العقد ، أن يكون العاقد يتمتع بأهلية ابرام العقد ، فالصبى غير المميز لا يصح عقده ، والصبى المميز ، تجوز عقوده النافعة نفعا محضـا كقبـول الهبة والوصية والصدقه ، ونحوها ، ولا تجوز عقوده الضارة ضررا محضا كطلاقه واقراضه وصدقته وغيرها ، ولا تجوز عقـوده الدائرة بين النفـع والضرر ، الا باذن وليه ، كعقـود البيع والشراء والاجاره ، والنكاح ونحوها ، وضمان العقد يتبع لصحة ابرامه ، فلا يضمن ما لا يصح أن يبرمه من العقود ، كالعقـود الضاره به ضررا محضا ، ولا يضمن العقود الدائره بين النفع والضرر ، الا اذا أجازها وليـه .

أما ضمان الفعل ، فلا يتطلب عقدا ، ولا شرطا ، لأنه يعتمد عصمة المحل ، ويجب بوقوع العمل غير المشروع ، وحصول التلف ، فهو من ثم مبنى على الواقعة المـادية التى يتـرتب عليها اتلاف المـال أو هلاكه ، فالتعويض عن اتلاف المال شرع لجبر الفائت (٢) من حقوق

---

(١) يقول السيوطى : الفرق بين العقد واليد ، أن ضمان العقد مرده ما اتفق عليه المتعاقدان أو بدله ، وضمان اليد ، مرده المثل أو القيمة الاشباه والنظائر ، ص ٣٦٠ .

(٢) النسفى ، كشف الأسرار ، جـ ٢ ، ص ٤٨٥ .

العباد ، وما كان ذلك فان العمد فيه كالخطأ ، والصبى فيه كالبالغ ، والمجنون كالعاقل ، من حيث ايجاب الضمان ، فلو أتلف الصبى والمجنون مـــال انسان ، يجب عليهما الضمان ، لأن المقصود من حقوق العباد ، هو المـــال دون الفعل ، حفاظا على الأموال المعصومة من الهدر ، وحرصا على تحقيق العداله بين الناس ، وقد روى عن على بن أبى طالب أنه جعل عقل المجنون على عاقلته وقال : « عمده وخطؤه سواء » الى غير ذلك من الآثار . فثبت من هذا أن خير المـــال المعصوم بالتعويض عن اتلافه ، لا يشترط فيه العقل أو البلوغ .

الفصل الثالث

مصـــادر الضمـــان

مصادر الضمان ، هى الأسباب المنشئه للضمان شرعا ، وتتدرج هذه المصادر قوة وضعفا ، وتتفاوت فى أثرها على انشاء الضمان ، وسنعرض لهذه المصادر بوجه عام ، ثم نفرد بالتفصيل لمصادر الضمان العقدى ، لأنه موضوع دراستنا ، بعد أن نكون قد ولجنا الى موضوع البحث ، عقب اطلالة سريعة عن أسباب الضمان فى الفقه الاسلامى ، ومنحى الفقه فيه • ونبادر الى القول ، بأن الغرض من افراد المصادر ببحث خاص ، هو التعرف على الاصـــول التى يستمد منها الضمـــان حقيقته ، والقواعد التى تحكم تفريعاته ، فان ظفرنا بالمبتغى ، فهـــو ما نرجو ، اذا الموضوع يحتاج الى جمع متفرقه ، ولم شوارده ، فعلى الله القصد ، ومنه التوفيق •

المصادر العــامة للضمـــان

تتنوع المصادر العامة للضمان فى الشرع الاسلامى ، لتشمـــل ما يطلق عليه الفقه الوضعى ، التصرف القانونى ، والواقعة القانونية ، والتصرف القانونى هو ارادة محضـــة تتجه الى احداث أثر قانـــونى معين ، يرتبه القانون ، مثل البيع والوصية • والواقعة القانونية هى عمل مـــادى ، يقع باختيار الانســـان ، أو بغير اختيـــاره ، ويرتب عليه القانون ، أثرا قانونيا معينا ، مثل الواقعة الاختيارية العمل غير المشروع والحيازه ، ومثل الواقعة غير الاختيارية الميلاد والموت[1] • والفقـــه الاسلامى بهذا المسلك ، يؤصل الضمان على جماع مصادر الالتزام ،

---

(1) د. عبد الرازق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقة الاسلامى ، جـ ١ ، ص ٦٦ .

التى يستمد منها الالتزام أصوله ، وهى التصرف القانونى ، والواقعة القانونية ، وهو ما يدل على أن معطيات القاعدة الشرعية ، قد بلغت أحكام الصنعة الفقهية ، منذ البواكير الأولى لنشأة الفقه الاسلامى .

وبيان ذلك أنه بالنظر الى نصوص الفقهاء ، نجد أنهم يرجعون مصادر الضمان ، الى العقد والارادة المنفردة ، ويندرجان تحت التصرف القانونى ، لأن قواعد الشرع ، هى التى ترتب الأثر الناشىء عنهما ، بناء على اتجاه ارادة العاقدين ، فى العقد ، وارادة الملتزم فى الارادة المنفردة ، وهو ما يتضح بجلاء فى تعريف العقد ، الذى سبق أن أسلفناه (١) ، والذى يتضمن العقد بمعناه الأعم ، والعقد بالمعنى الأخص ، حيث يترتب على العقد التزام كل واحد من العاقدين ، بما وجب به للآخر فى العقد بمعناه الخاص ، أو التزام الشخص بما الزم به نفسه فى التصرفات الصادرة من جانب واحد ، وهى الارادة المنفردة ، ولا شك أن كلا من العقد والارادة المنفردة ينتميان الى التصرف القانونى ، لأنهما عبارة عن ارادة صادرة عن الشخص فى صورة قول أو فعل ، يرتب عليها الشرع ، أثرا معينا ، كارادة انشاء حق من الحقوق كالبيع والهبة والوقف ، أم لا تتضمن ذلك كالاقرار بحق من الحقوق (٢) .

وقد بين السيوطى ، مصادر الضمان ، وصدرها بتلك المؤسسة على التصرف القانونى ، وعقب بعد ذلك بالمصادر المستندة الى الواقعة القانونية ، وها هى عبارته : أسباب الضمان أربعة :

أحدها : العقد كالمبيع ، والثمن المعين قبل القبض والسلم والاجارة .

---

(١) عبارة عن ارتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر ، على وجه يثبت أثره ، فى المعقود عليه ، أنظر ما سبق .

(٢) د. عبد المجيد مطلوب ، نظرية الادارادة المنفردة ، مرجع سابق ص ١٠ .

الثـــانى : اليد مؤتمنـــه كانت كالوديعـــة والشركة والوكـــالة ، والمقارضه اذا حصل التعدى أولا ، كالغصب والسوم والعارية والشراء فاســـدا ٠

الثـــالث : الاتلاف نفسا أو مالا ٠

ويفارق ضمان اليد ، فى أنه يتعلق الحكم فيه بالمبـــاشر ، دون السبب ، وضمان اليد يتعلق بهما ٠

الرابع : الحيلولة (١) ٠

واذا كان العقد بأنواعه ، يعتبر من مصادر الضمان ، ويندرج فى عموم التصرف القانونى ، بل انه يتمحض تصرفا قانونيا ، لأن ما يترتب عليه من آثار ، هو من عمل الشارع ، وما على الاراده الا أن تعبر عن قصدها الالتزام ، وتنضبط بضوابطه الشرعية ٠ اذا خلص لنا تكييف العقد بحسبانه تصرفا قانونيا ، فان سبب الضمان بالنسبة لليد المؤتمنه والاتلاف الواقع على النفس أو المـــال ، ينتميان الى الواقعة القانونية ، اذ هى عمل مادى ، يرتب عليه الشرع أثرا معينا ٠

ويبدو هذا جليا فى الاتلاف ، سواء كان محله النفس أو المـــال ، لأن الضرر الذى أصاب الشخص فى نفسه ، فأحدث به قطعا أو جرحا أوشجة ، يجب على الجانى فيه الأرش ، يعطى للمجنى عليه على سبيل التعويض ، جبرا للضرر الذى نزل فيه ٠ أما الضرر الذى يصيب المال ، فيؤدى الى ضياعه ، أو نقص قيمته ، فانه يوجب الضمان المالى ، والضمان فى الحـــالين النفس والمال ، مرده الى واقعة الاصـــابة فى النفس ، وهلاك المـــال أو نقصه ، وكلاهما عمل مادى ، فيكون مصدرهما الواقعة القانونية ٠

(١) السيوطى ، الاشباه والنظائر ، ص ٣٩٠ ٠

الواقعة القانونية ، هى مصدر ضمان الفعل أو المسئولية التقصيرية :

ضمان الفعل ، هو الضمان الذى يتأتى فى الضرر الذى يقع على المال ، فيحدث به اتلاف المال أو هلاكه أو ضياعه ، كلا كان أو جزءا . هذا الفعل المتمثل فى الاتلاف أو ضياع المال مصدره عمل مادى محله المال ، فينشأ عنه ضمان الفعل ، أو ما يسمى فى اصطلاح القانون المدنى ، المسئولية التقصيرية ، وانما وجب الضمان شرعا ، لوقوع ضرر على المال ، وهذا الضرر ، يمثل عملا غير مشروع ، لقاعدة لا ضرر ولا ضرار .

ان ضمان الفعل ، الذى يتأتى عنه تلف المال أو ضياعه ، يكون بطريق المباشرة أو بطريق التسبب ، فمتى وجد واحد منهما وجب الضمان ، ومتى لم يوجد واحد منهما لم يجب الضمان .

الأول : التفويت مباشرة ، كاحراق الثوب ، وقتل الحيوان ، وأكل الطعام ، ونحو ذلك .

وثانيهما : التسبب للاتلاف كحفر بئر فى موضع لم يؤذن فيه ، ووضع السموم فى الأطعمه ، ووقود النار بقرب الزرع أو الأندر ونحو ذلك ، مما شأنه فى العادة أن يفضى غالبا الى الاتلاف (١) .

وثمة فرق بين المباشرة والتسبب ، ففى المباشرة ، يحصل التلف قصدا من غير توسط بين الفعل والضرر أو التلف . وفى التسبب يحصل التلف بفعل آخر ، أو بعلة أخرى ، كأن ينقب شخص الجدار لسرقة المال ، ثم ينشغل عنه ، فيأتى آخر ، ويسرق المال بواسطه النقب

---

(١) القرافى ، الفروق ، جـ ٤ ، ص ٢٧ . ويقول ابن رجب الجنبلي : واما الاتلاف فالمرادبه ، ان يباشر الاتلاف بسبب يقتضية كالقتل والاحراق. او ينصب سببا عدوانا ، فيحصل به الاتلاف ، بأن يحفر بئرا فى غير ملكه عدوانا ، أو يؤجج نارا فى يوم ريح عاصف ، فيتعدى الى اتلاف مال الغير أو كان المال محتبسا بشىء وعادية الانطلاق ، فيزيل احتباسة ، سواء كان له اختيار فى انطلاقه أو لم يكن . القواعد ، ص ٢٠٤ .

الحادث فى الجدار ، فالسبب هنا ، هو المقتضى لوقـوع الفعل بتلك العلة ، ويجب الضمان على السارق ، دون من نقب الجدار ، تقـديما للمباشرة على التسبب ، فقد قلنا ، انه اذا اجتمع المباشر والسبب ، أضيف الحكم الى المباشر •

أما ضمان الفعل بطريق التسبب ، مثل أن يضـع شـيئا فى غير ملكه ، فيترتب عليه تلف مال لآخر ، كمن نقل متاعا فى سياره اغتصبها ، فضاع ، فانه يضمن ، لأن مسلكه هو الذى تسبب فى ضياع المـال •

وثمة سبب ثان من أسباب ضمان الفعل : وهو وضع اليد غـير المؤتمنه ، فيندرج فى غير المؤتمنة ، يد الغاصب ، والبائع يضمن المبيع الذى يتعلق به حق توفيه قبل القبض ، فان ضمان المبيع الذى هـذا شأنه منه ، لأن يده غير مؤتمنه ويد المتعدى بالدابة فى الاجارة ونحوها • ويخرج بهذا القيد يد المودع وعامل القراض ، ويد المساقى ونحوهم فانهم أمناء ، فلا يضمنون •

وانما قلنا ضمان اليد للقاعدة الأصولية القائلة ، بأن ترتيب الحكم على الوصف يدل على عليه ذلك الوصف ، لذلك الحكم ، ورسول الله — صلى الله عليه وسلم — « قد رتب الضمان على الأخذ باليد ، فيكون الأخذ باليد ، هو سبب الضمان ، فمن ادعى أن غيره سبب ، فعليه الدليل ، لأن الأصل عدم سببية غير مادل عليه قوله — صلى الله عليه وسلم — « على اليد ما أخذت حتى ترده » فهذه قرينة تدل على سببة الأخذ(١) •

وتصنف العارية من حيث الضمان ، فى ضمان اليد ، مثل الغصب ، لأن قبض المستعير فيها كان لمصلحة نفسه ، فيكون مضمونا ، لأن الاذن من المعير انما تعلق بالانتفاع ، وقبض العين وقع من حيث اللزوم ، فهو كقبض المضطر مال غيره لاحياء نفسه ، لا يسقط عنه الضمان ، لأن اذن الشرع تعلق باحياء نفسه ، وجاء الاذن فى الاتلاف من باب اللزوم(٢) فيجب الضمـان •

---

(١) القرافى ، الفروق ، ج ٤ ، ص ٢٧ ، ٢٨ ، ٢٩ •
(٢) ابن رجب ، القواعد ، ص ٥٩ •

ومن هذا البيان ، يتضح ، أن مصدر ضمان الفعل ـ المسئولية التقصيرية ـ فى صورة الاتلاف للمال ، أو قبض اليد غير المؤتمنه ، فالمصدر فيهما ، الواقعة القانونية ، لانه يرجع الى واقعة مادية ، يرتب عليها الشرع أثرا معينا ، وهو الضمان ٠

وهذا التحديد الجلى لدور العمل المادى فى ايجاب الضمان ، يؤصل الواقعة القانونية ، ويبرز التفرقه بينها وبين التصرف القانونى ، الذى تتجه اليه الارادة بالتراضى ، فرتب عليها الشرع أثرا معينا ، سواء اتخذ صورة العقد أو الارادة المنفردة ٠

التصرف القانونى ، هو مصدر ضمان العقد أو المسئولية العقدية :

يعد العقد المصدر الأساسى للضمان فى الفقه الاسلامى ، ويهيمن على الجانب الأكبر للمعاملات الشرعية ، وهى مصدر التملك ، ولعل هذا ظاهر فى م ٧٢ من مرشد الحيران ، اذ نصت على أن : أسباب الملك هى العقود الموجبة لنقل العين من مالك الى آخر ، كبيع أو هبة أو وصيه والميراث ، ووضع اليد على الشىء المباح الذى لا ملك له ، والشفعة ٠

وهذه العقود ، لاتنتظم كل طوائف العقود فى الفقه الاسلامى ، وانما تخص من بينها ، تلك التى تعد مصدرا لاكتساب الملكية، الى جانب أنواع أخرى من العقود ، ذكرها الفقهاء ، فى موسوعاتهم الفقهية ويتبين منها ، أنهم لم يعتمدوا خطة بعينها ، فى بيانهم للعقود المختلفة ، كما أن تقسيماتهم للعقود متنوعه ، وتختلف من حيث الأساس الذى تقوم عليه ٠

فهناك تقسيم بالنظر الى الثمن والمثمن ، فالعقد بيع اذا كان المبيع ما عدا الذهب والفضه ، والثمن الذهب أو الفضه ، فالنقد ثمن ، وغيره مثمن ٠ واذا كان الثمن ليس نقدا ، فالعقد معاوضه ومقايضه ٠ وان كان نقدا بنقد سمى صرفا ومصارفة ، وان كان الثمن مؤخرا ، سمى نسيئه ، وان كان المعقود عليه مؤخرا ، سمى سلما أو سلفا ، وان كان المبيع منفعة سمى اجارة ٠ الى غير ذلك ٠

وثمة تقسيم ثان ، باعتبار اللزوم وعدم اللزوم ، فالأول ما كان لازما من الطرفين قطعا ، كالبيع والصرف والسلم والاجارة والحواله والصداق • • والثانى ما كان جائزا من الطرفين قطعا ، كالشركة والوكالة والقراض ، والوصية والعارية والوديعة والقرض •

ويندرج فى نطاق هذا التقسيم ، العقد الجائز ابتداءا ، اللازم انتهاءا ، مثل الهبة ، والرهن قبل القبض ، والوصية قبل المـــوت • ومن العقود ما هو لازم من الموجب ، جائز من القابل ، كالرهن والكتابه ، والضمان والكفاله ، وعقد الأمان ، والامامة العظمى ، فهذه العقود تجمع بين الجواز واللزوم •

وهناك تقسيم ثالث ، باعتبار الايجاب والقبول فيه • وبيان ذلك أن من العقود ما لا يفتقر الى الايجاب والقبول لفظا ، كالهدية والصدقة ، وما يصح فيه التعاطى من البيع والهبة والاجارة والرهن •

— ومن هذا النوع ما يفتقر الى الايجاب والقبول لفظا ، كالبيع والصرف والسلم والرهن والاقاله والحواله والشركة والاجاره والمساقاه والهبة ، والنكاح والصداق وعوض الخلع•

— ومن العقود ما يفتقر الى الايجاب لفظا ، ولا يفتقر الى القبول لفظا ، بل يكفى الفصل ، مثل الوكالة والقراض — المضاربة — والوديعة والعارية والجعالة •

— ومن العقود ما لا تفتقر الى الايجاب والقبول أصلا ، وانما الشرط فيها عدم الرد • وهو الوقف على ما اختاره النووى •

— ومن العقود ما لا يرتد بالرد ، وهو الضمان ، والابـــراء والصلح عن دم العمد على الدية ، وكذا الوقف من وجه •

أما التقسيم الرابع : فالمرجع فيه القبض وعدمه •

— فمن العقود ما لا يشترط فيها القبض ، لا فى صحته ، ولا فى لزومه ، ولا استقراره . مثل النكاح والحوالة والوكالة والوصية والجعالة .

— ومن العقود ما يشترط لصحتها — أن تكون صحيحة — القبض . كالصرف ، والبيع الربوى ، ورأس مال السلم ، وأجرة اجارة الذمة .

ومن العقود ما يشترط للزومها — أن تكون لازمة — القبض وهى الرهن والهبة .

— ومن العقود ما يشترط لاستقرارها ، القبض ، كالبيع والسلم والاجارة والصداق والقرض ، فانه يشترط القبض فيها للملك ، لكنه لا يفيد اللزوم ، لأن للمقرض الرجوع ، ما دام باقيا بحاله .

والتقسيم الخامس ، النظر فيه الى عنصر المدة :

فالعقد المؤقت ، ما كانت المدة ركنا فيه ، كالاجارة والمساقاه والهدنه والاجارة .

والعقد المطلق ما كان عاريا عن التأقيت ، كالجزية فى الأصح ، والبيع بأنواعه ، والنكاح والوقف .

والتقسيم السادس والاخير يتعلق بالتوثيق :

فمن العقود ما يدخله التوثيق ، وهو القرض والبيع والسلم . والوثائق ثلاثة الرهن والكفالة والشهادة ، فهذه الثلاثة تدخل فى القرض والبيع والسلم .

ومن العقود ما يدخله الشهادة والكفالة دون الرهن ، وهو الجعالة .

ومن العقود ما يدخله الشهادة وحدها ، وهو المساقاة .

ومن العقود ما يدخله الكفالة وحدها ، وهو ضمان الدرك (١).

والى جانب هذه التقسيمات ، التى وردت فى كتب الفقهاء ، قسم العقد بالنظر الى المحل أو المعقود عليه ، وهو تقسيم قال به الباحثون فى الفقه الاسلامى حديثا ، فالعقد قد يرد على الدين أو العين أو المنفعة ، أو العمل (٢) . فالالتزام بالدين ، هو الذى يكون محله دفع المبلغ من

---

(١) اورد السيوطى هذه التقسيمات ، فى الاشباه والنظائر ، ص ٢٩٩ ومابعدها . ويقسم ابن قدامة العقود الى ستة أقسام : الاول : عقد لازم يقصد منه العوض ، وهو البيع وما فى معناه ، والعقود فى هذا القسم قد يثبت فيها الخيار كالبيع والاجارة فى الذمة ، والصلح بمعنى البيع . ومنها ما يشترط فيه القبض فى المجلس كالصرف والسلم والبيع الربوى . القسم الثانى : عقد لازم لا يقصد به العوض كالنكاح والخلع ، والوقف والهبة . القسم الثالث : عقد لزم من احد الطرفين دون الاخر ، كالرهن لازم فى حق الراهن جائز فى حق المرتهن ، وكذلك الضامن والكفيل ، لا خيار لهما .

القسم الرابع : عقد جائز من الطرفين كالشركة والمضاربة والجعالة والوكالة والوديعة والوصية .

القسم الخامس : عقد متردد بين الجواز والزوم كالمسافاة والمزارعة والسبق والرمى .

القسم السادس : عقد لازم يستقل به احد المتعاقدين كالحوالة والاخذ بالشفعة ، المغنى ، جـ ٣ ، ص ٥٩٤ ، ٥٩٥ .

(٢) هذا التقسيم ، أشار اليه ، مشروع قانون المعاملات المدنية ، لكنه لم يأخذ به ، فقد نصت المادة ١٢٢ على الالتزام بالدين بقولها : اذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود ، التزم المدين بقدر عددها المذكور فى العقد ، دون ان يكون لارتفاع قيمة هذه النقود او لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر .

وقد اخذ بهذا التقسيم قدرى باشا فى المواد ٢٦٣ التى نصت على انه يصح أن يرد العقد على الاعيان منقولة كانت أو عقارا لتمليكها بعوض او بغير عوض . ونص فى م ٢٦٤ على انه : يصح ان يرد العقد على الاعيان لحفظها وديعة او لاستهلاكها بالانتفاع بها قرضا ورد بدلها ونص فى م ٢٦٥ على انه : يجوز ورودالعقد على مبالغ الاعيان للانتفاع بها بعوض اجارة او بغير عوض اعارة ، ورد عينها لصاحبها . ونص فى م ٢٦٦ على أنه : يصح أن يرد العقد على عمل معين من الاعمال الصناعية أو على خدمة معينة.

وقد اعتنق هذا التقسيم القانون المدنى العراقى ، م فنصت م ٧٤ على أنه : يصح أن يرد العقد :

النقود ، والالتزام بالعين ، هو الذى يكون محله عين من الأعيان منقولة كانت أو عقارا • والالتزام بالمنفعة هو الذى يكون محله منافع الاعيان للانتفاع بها بعوض اجارة ، أو بغير عوض اعارة • والالتزام بالعمل ، هو الذى يكون محله عمل معين من الاعمـــال ، أو الذى يكون على خـــدمة معينة •

وهذا التقسيم يتميز ببساطة وعمقه ، كما أنه يعتنق خطة محددة ، ويسير على نسق واحد •

العقد فى التقنين المدنى : ـــ

تحاشى المشرع المدنى المصرى (١) ، أن يورد تعريفا للعقد ، كما أغفل النص على التقسيمات المختلفة للعقد ، وقد عرف الفقه المدنى العقد بأنه : توافق ارادتين على احداث أثر قانونى ، سواء كان هذا الأثر ، هو انشاء التزام ، أو نقله أو تعديله أو انهائه (١) •

ولم يتناول التقنين التقسيمات الخاصة بالعقود ، لأنها من شأن الفقه ، وهى أدخل فى باب الفقه منها فى ميدان التشريع ، كما تقول المذكرة الايضاحية • لكن المشرع عرض فى الكتاب الثانى للعقود المسماه ، محاولا أن يضفى قدرا من الانسجام والتجانس بينها ، بمراعاته الترتيب المنطقى ، والوحدة الموضوعية بين العقود الواردة فيها ، كما أن معتمدة فى ايرادها هو المحل الذى يرد عليه العقد •

=

١ ـــ على الاعيان منقوله كانت أو عقارا لتمليكيها بعوض بيعا أو بغير عوض هبة ولحفظها وديعة أو لا ستهلاكها بالانتفاع بها قرضا .

٢ ـــ وعلى منافع الاعيان للانتفاع بها بعوض اجارة او بغير عوض اعارة .

٣ ـــ وعلى عمل معين أو على خدمه معينة .

(١) وهو القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .

(٢) د. عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى العقد ، ص ١٧٣ .

وقد خصص الباب الاول للعقود التى تقع على الملكية ، فى المواد من ٤١٨ — ٥٥٧ • وهذه العقود هى البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والدخل الدائم ، والصلح • وفى الباب الثانى ، ذكر العقود الواردة على الانتفاع بالشىء ، فى المواد من ٥٥٨ — ٦٤٥ • وهى الايجار والعارية• وفى الباب الثالث : تناول العقود الواردة على المحل فى المواد من٦٤٦ — ٧٣٨ ، وهى عقود المقاولة والتزام المرافق العامة ، وعقد العمل والوكالة والوديعة والحراسة •

وفى الباب الرابع عرض لعقود الغرر فى المواد من ٧٣٩ — ٧٧١ • وهى عقود المقامرة والرهان ، والمرتب مدى الحياة ، وعقد التأمين • أما الباب الخامس : فقد خصصه للتوثيق ، واقتصر فيه على الكفالة •

ويلاحظ على خطة المشرع المدنى أنه ، لم ينبــه على الاتجــاهات المختلفة ، التى يمكن أن تنقسم العقود وفقا لها ، كما هو الشأن فى الفقه الاسلامى ، وكان يكفيه فى اطار خطته ، أن يشير اليها فى عبارة جامعة ، تاركا تفصيلاتها للفقه • ومن ناحية أخرى ، لم يتعرض لعقود معينة ، كالحوالة والرهن مثلا ، ولم يدرجها ضمن التصنيفات التى اتبعها عند ايراده للعقود المسماه ، وانما تناول الحوالة فى الباب الرابع ، الخاص بانتقال الالتزام ، كما تناول الرهن فى الكتاب الرابع الخاص بالحقوق العينية •

ويذهب بعض الشراح الى تقسيم العقود من زوايا مختلفة ، فتنقسم من حيث التنظيم القانونى لها ، الى عقود مسماه ، وعقود غير مسماه، وتنقسم من حيث تكوينها الى عقود رضائية وعقود شكلية وعقود عينية، كما تنقسم من حيث أثرها الى عقود ملزمة للجانبين ، وعقود ملزمة لجانب واحد ، والى عقود معاوضة وعقود تبرع ، وتنقسم أخيرا من حيث طبيعتها، الى عقود فورية وعقود مستمرة ، والى عقود محددة وعقود احتمالية[1] والمنحى الذى يتجه اليه هذا التقسيم ، أقرب الى ذلك اتبعه فقهاء

---

(١) أد. محمود جمال زكى ، الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات ، ص ٤٥ •

الشريعة ، وان كان تقسيم الفقهاء والمسلمين يحتوى على تنوع وشمول للجوانب المختلفة للعقود ، كما أنه فى محاولاته المتعددة ، قد أضاف قدرا من الثراء للبحث الفقهى ، وأبان عن أمــور جامعــة ومفرقة فى تصنيفات هذه العقود . وهذا القول لا يغض من قدر اتباع خطة واحدة، فى تقسيمات العقود ، عند التقنيين .

العقود فى الفقه الاسلامى ، ليست على سبيل الحصر :

ان أهمية التعرف على العقد ، ناشىء عن كونه محل الضمان ، اذ أن المسئولية تتعلق بالعقد ، وان استقراء العقود التى بحثها الفقهاء ، تكمن فى محاولة الخروج بنظرية حاكمة لها ، تطبق عليها قاعدة الضمان الشرعية ، وتضحى المسئولية العقدية واضحة المعالم ، وطيدة الاساس، مبرأه عن الغموض والثغرات ، لا تبخس أى طرف حقه ، وانما توازن بين الحقوق جميعا .

ولقد بحث الفقهاء العقود على اختلاف أنواعهـا ، وبحثوها عقدا عقدا ، فهل استفرغ الفقهاء بذلك كافة العقود ، واستوفوها ، بحيث لا يمكن الاضافة اليها ؟ وهل تقف النظرية الاسلامية ، فى هذا الخصوص جامدة أما العقود التى أفرزتها المعاملات المعاصرة ، فلا يمكن ادراجها ضمن القواعد العامة ، التى أتت بها النظرية الاسلامية .

يمكن القول تأسيسا على القواعد والاصول الفقهية ، الضابطةللعقود والمعاملات فى الفقه الاسلامى ، بأن العقود المسماه فى الفقه الاسلامى لم ترد على سبيل الحصر ، ومن ثم يمكن الاضافة اليها عقود أخرى منضبطة بالضوابط الشرعية ، وخاضعة للنظام العقدى الذى يحكمها .

والدليل على هذا القول الحديث المرفوع الى النبى ــ صلى اللهعليه وسلم ــ المسلمون عند شروطهم ، الا شرطا أحل حراما ، أو حرم حلالا، والصلح جائز بين المسلمين ، الا صلحا أحل حراما ، أو حرم حلالا . والعقد يقوم على التراضى ، فما يلزم به العاقدان أنفسهما صحيح ،

لا سبيل الى نقضه أو ابطاله ، ما دام لم يحل الحرام ، أو يحرم الحلال •

وأساس ذلك ، أن قول الرسول — عليه الصلاة والسلام — المسلمون عند شروطهم ، ظاهره يقتضى لزوم الوفاء بكل شرط ، الا ما خص بدليل، لأنه يقتضى أن يكون كل مسلم عند شرطه ، وانما يكون كذلك ، اذا لزمه الوفاء به ••• وهذا لأن الأصل أن تصرف الانسان يقع على الوجه الذى أوقعه ، اذا كان أهلا للتصرف والمحل قابلا له ، وله ولاية عليه ، وقد وجد(١) ذلك فى بعض العقود ، التى لم يفردها الفقهاء بالذكر كالمقاولة مثلا •

ويقول الامام الشافعى : ذكر الله البيع فى غير موضع من كتابه ، مما يدل على اباحته ، فاحتمل احلال الله عز وجل البيع معنيين : أحدهما: أن يكون أحل كل بيع تبايعه المتبايعان جائزى الأمر ، فيما تبايعاه عن تراض منهما ، وهذا أظهر معانيه • والثانى أن يكون الله أحل البيع ، اذا كان مما لم ينه عنه رسول الله — صلى الله عليه وسلم — المبين عن الله عز وجل ، معنى ما أراد ، فيكون هذا من الجمل التى أحكم الله فرضها بكتابة ، وبين كيف هى على لسان نبيه — صلى الله عليه وسلم — أو من العام الذى أراد به الخاص (٢) •

فيصدق هذا النظر على وضع العقود الحديثة ، التى لم ترد فى نصوص الفقهاء ، على تلك التى ذكروها فى كتبهم ، وفصلوا أحكامها فى مباحثهم الفقهية ،طالما لم تخرج على قواعدها ، وكانت تسد حاجه ، وتحقق مصلحة من مصالح المسلمين •

وينبنى على ذلك معنى آخر ، وهو أن كل أصل شرعى ، لم يشهد له نص معين ، وكان ملائما لتصرفات الشرع ، ومأخوذا معناه من أدلته ، فهو صحيح يبنى عليه ، ويرجع اليه ، اذا كان ذلك الأصل قد صار

---

(١) الكاسانى ، بدائع الصفنائع ، جـ ٥ ، ص ٢٥٩ .
(٢) الامام الشافعى ، الام ، جـ ٣ ، ص ٢ .

بمجموع أدلته مقطوعا به ، لأن الادلة لا يلزم أن تدل على القطع بالحكم بانفرادها ، دون انضمام غيرها اليها ، لأن ذلك كالمتعذر (١) اذ يقف عقبة فى وجه تطور الحياة ، وتشعب أوجه التعامل ، الذى عمت أرجاء المعمورة، والتى جاء الاسلام لتلبية حاجاتها ، ورعاية مصالحة الجديرة بالاعتبار ، فكانت هذه العقود على أصل الاباحة ، ما لم تصادم نصا أو قاعدة شرعية •

ويزكى هذا الفهم القاعدة الفقهية ، التى تقول : العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى ، لا للالفاظ والمبانى •

العهد أو الارادة المنفردة فى الفقه الشرعى :

للعقد مفهوم واسع فى الفقه الاسلامى ، يشمل التصرفات القانونية، التى يندرج فى نطاقها الميدان الواسع للتقسيمات المختلفة للعقود ، التى قال بها الفقهاء المسلمون ، وهى كما علمت تشمل العقود التى تنعقد بارتباط ارادتين ، على وجه يظهر أثره فى المحل ، ومثل ذلك البيع والايجار والصرف والسلم والرهن والاقالة والحوالة والشركة والمساقاه والنكاح والصداق ، وعوض الخلع اذا كان بصفة معاوضه • فهذه العقود ، تتطلب لانعقادها التراضى ، من العاقدين ، وذلك بتوافر الركن فيها ، بواسطة اقتران القبول بالايجاب • وهذه الطائفة من العقود ، ينطبق عليها مدلول العقد ، بمعناه الخاص ، لا بمعناه العام •

كما يتضمن هذا الميدان ، التصرفات القانونية ، التى تصدر من جانب واحد ، والتى تنطوى على الزام الشخص نفسه شيئا من المعروف من غير تعليق على شىء ، فدخل فى ذلك القرض والصدقة والهبة والحبس والعارية (٢) • والراجح فى الفقه ، أن هذه التصرفات أو الالتزامات ، تتم بارادة واحدة ، هى ارادة الملتزم ، وأن الركن فيها يتم بالايجاب

---

(١) الشاطبى ، الموافقات ، ج ١ ، ص ١٦ •

(٢) الشيخ عليش ، فتح العلى المالك ، ج ١ ، ص ٢١٨ •

فقط ، وأن القبول فيها ليس بركن ، ومن ثم فان التصرف فيها يعد من قبيل الارادة المنفردة .

ان استظهار انعقاد هذه التصرفات بالارادة المنفردة ، يظهر فى عبارات الفقهاء ، فها هو صاحب الهداية ، يقول فى الكفالة : وتنعقد اذا قال تكفلت بنفسى فلان ... وكذا اذا قال هو على ، لأنه صيغة الالتزام ، أو قال الى لأنه فى معنى على فى هذا المقام[١] .

ويقول البهوتى فى القرض : ويصح القرض بقوله ملكتك هذا على أن ترد لى بدله ، أو خذ هذا انتفع به ورد لى بدله ونحوه ، أو توجد قرينة دالة على ارادته أى القرض[٢] . بالاضافة الى دور الارادة المنفردة كسبب لكسب الملكية كما فى الوصية ، وللتنازل عن الحقوق كما فى الابراء من الدين . واجازة العقد الموقوف وغير ذلك .

ويتضح من هذه النصوص وغيرها ، أن للارادة المنفردة ، مكانا فى المعاملات ، وانها مصدر للتصرفات القانونية فى الفقه الاسلامى (٣) ، وهو ما يقود الى القول ، بأن العقد والارادة المنفرده ، يرد عليهما الضمان فى الفقه الاسلامى ، ويترتب على كل منهما آثار شرعية ،

---

(١) المرغينانى ، الهداية ، جـ ٣ ص ٨٧ .

(٢) البهوتى ، كشاف القناع ، جـ ٣ ، ص ١٣٢ .

ويقول ابن جزى عن النذر : ان نذر صدقة جميع ماله أو حلف بذلك، فحنث كفاه الثلث ، وان نذر أقل من الجميع كالنصف أو الثلثين أو شيئا بعينه كداره ولايملك غيرها أو عددا معلوما لزمه مانوى ، وان كان جل مالة أو كله . قيل يجزيه الثلث ، وان لم يعين كفاه ما يتصدق به من قليل أو كثير . وقال أبو حنيفة : فيمن نذر جميع ماله لزمه جميعة . وقال الشافعى : ان كان على وجة النذر لزمة الوفاء به ، وان كان على وجه اللجاج والغضب ، فعليه كفارة يمين .

(٣) ومن ذلك يتبين ان الارادة المنفردة تعتبر فى الفقه الاسلامى مصدرا من مصادر الالتزام ، شأنها فى ذلك شأن المصادر الاخرى كالعقد والعمل الضار وغيرهما ، وانها بتشىء التزام وتعهدا فى جانب صاحبها بعبارته الكاشفة وحدها ، ومن امثلة ذلك الطلاق والرجعة والابراء ... الاستاذ الدكتور عبد المجيد مطلوب ، نظرية الارادة المنفردة ، ص ١٨ .

مصدرها ارادة العاقدين فى العقد ، وارادة الملتزم وحده ، فى العهد أو الارادة المنفردة •

الارادة المنفردة فى الفقه المدنى :

يقصدر بالارادة المنفرده : ارادة شخص واحد ، وهى قادره فى القانون الوضعى على ترتيب آثار قانونية متعدده ، كانشاء الأشخاص الاعتبارية ، الوقف والمؤسسات الخاصة مثلا ، ونقل أو انشاء الحقوق العينية ، كما فى الوصية أو انهاء هذه الحقوق ، كالنزول عن ارتفاق أو عن رهن • وهى قادرة كذلك على تصحيح عقد قابل للابطال ، كما فى الاجازة ، وعلى جعل العقد يسرى فى مواجهة من لم يكن طرفا فيه ، كاقرار الأصيل لتصرف النائب الذى جاوز فيه حدود النيابة واقرار المالك الحقيقى لبيع ملك الغير ، وقادرة أخيرا ، على انهاء العقد ذى المده غير المحدده[1] •

هذه الآثار القانونية المختلفة ، تنشأ عن الاراده المنفرده ، والمتمثله فى انشاء الاشخاص المعنوية ، والحقوق العينية ، وتصحيح العقد ، وامتداد أثر العقد الى الغير ، وانهاء العقد ، كلها مظاهر لدور الارادة المنفردة ، تنم عن قدرتها ، على أن تعتبر مصدرا من مصادر التصرف القانونى •

واعترافا من المشرع المدنى ، بأهمية الارادة المنفرده ، فقد جعلها مصدرا من مصادر الالتزام فى القانون المدنى فى م ١٦٢/١ ، اذ نصت على أن : من وجه للجمهور وعدا بجائزة ، يعطيها عن عمل معين التزم باعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ، ولو قام به دون نظر الى الوعد بالجائزة ، أو دون علم بها •

---

(١) د. محمود جمال زكى ، الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات ، ص ٤٣٢ •

وبهذا النظر ، تستمد الارادة قوتها من النص عليها ، فى التقنين المدنى ، باعتبارها مصدرا للتصرف القانونى ، وينطبق عليها المبادىء التى تحكم التصرف القانونى ، لأنها قرينة العقد ، من حيث أنه يتطلب وجود توافق ارادتين وهى تتفق معه فى الشطر الأول ، بقيامها على ايجاب الملتزم وحده ، ولعل هذا هو سبب تسميتها بالارادة المنفـــرده ، أى التى لم ترتبط بها ارادة القابل ، وهو ما يميزها عن العقد ، الذى يقوم على ارتباط ارادة العاقدين ، عن طريق تراضيهما على احـــداث الأثر القانونى ، فى حين أن الارادة المنفردة قادره على احداث أثـــر قانونى ، مصدره الارادة أيضا ، لذلك فانهما يشتركان فى أن موضوعهما هو التصرف القانونى ، ومن هذا المنطلق تحكمهما القواعد العامه ، فى حدود السمة المميزة للارادة المنفردة عن العقد ، الذى يعد المصدر الأول للتصرف القانونى[1] ٠

ولا نريد أن نستطرد فى بيان الأحكام المتعلقة بالارادة المنفرده ، اذ أن ذلك يرجع اليه فى مظانه من كتب شراح القانون المدنى ، لأن غرضنا هو الاشاره الى ماهية الارادة المنفردة ، لبيان موقفها من المسئولية العقدية ، أو بمعنى آخر ، توضيح الفكرة فى الفقه الاسلامى ، وعلاقتها بالضمـــان ٠

---

(١) وهذا ما اشار اليه مشروع المعاملات المـدنية ، طبقا للشريعة الاسلامية ، فى م ١٦٧ بقولها :

١ ــ لاتلزم الارادة المنفردة صاحبها ، الا فى الأحوال التى ينص فيها القانون على ذلك ٠

٢ ــ وتسرى على الارادة المنفردة احكام العقد ، الا اذا كانت هذه الاحكام تتعلق بوجود ارادتين متطابعتين لانشاء الالتزام ، أو كانت تعارض مع نص القانون ٠

الضمان فى التصرف القانونى ـ العقد والارادة المنفردة :

ينصرف الضمان الشرعى ، الى التصرف القانونى ، الذى يشمل العقد بمضمونه الواسع ، أى العقد والارادة المنفردة ، ويترتب على ذلك أن يكون العاقد مسـئولا عن أداء التزاماته ، والنهوض بتبعاته الناشئه عن العقد ، وهذا الضمان يلتزم به العاقدين فى العقد الملزم للجانبين ، ويلتزم به العاقد الذى ألزم نفسه ، فى التصرف الحاصـل بالارادة المنفردة ، وهاك بيانا لما نقول :

عقد البيع يرتب التزامات على طرفيه البائع والمشترى ، على كل منهما أن يقوم بالوفاء بها ، لأن البيع عقد معاوضة ، ومبنى المعاوضـه على المساواة ، وسبيل ذلك أن يتعين حق المشترى فى المبيع ، وحق البائع فى الثمن ، ونظرا لأن حق المشترى يتعين بتعيين المبيع ، وهو عين من الأعيان وحق البائع لم يتعين بالعقد ، لأن الثمن ثابت فى الذمة ، فيتعين بالقبض ، فان للبائع حق حبس المبيع حتى يقبض الثمن اذا كان الثمن حالا ، وليس للمشترى أن يمتنع من تسليم الثمـن الى البائع ، حتى يقبض المبيع ، اذا كان المبيع حاضرا ، فاذا هلك المبيع قبل التسليم ، فهو مضمون بأحد الضمانين وهو الثمن ، فلو هلك فى يده ، سقط الثمن عن المشترى ، لأن المبيع فى يد البائع مضمون بالثمن ، ويترتب على الهلاك انفساخ البيع • فان هلك المبيع بفعل المشترى لا ينفسخ البيع وعليه الثمن ، لأنه بالاتلاف صار قابضا كل المبيع ، لأنه لا يمكنه اتلافه الا بعد اثبات يده عليه وهو معنى القبض ، فيتقرر عليه الثمن •

هذا اذا كان البيع صحيحا ، فان كان البيع فاسدا أو كان الخيار فيه للبائع ، فعليه الضمان ، ويضمنه بالمثل ، ان كان مما له مثل ، وان كان مما لا مثل له ، فعليه قيمته ، لأن خيار البائع يمنع زوال السلعة عن

ملكه بلا خلاف ، فكان المبيع على حكم ملك البائع ، وملكه مضمون بالمثل أو القيمة ، وكذا المبيع بيعا فاسدا مضمون بالمثل أو القيمة • فان هلك المبيع بفعل أجنبى فعليه ضمانه ، لا شك فيه ، لأنه أتلف مالا مملوكا لغيره بغير اذنه ، ولا يد له عليه ، فيكون مضمونا عليه بالمثل أو القيمة (١) •

وعقد الشركة ، من عقود المعاوضات ، الجائزه لا اللازمة ، فان لكل شريك أن ينفصل من الشركة متى شاء ، وهى تجيز لكل شريك أن يباشر الأعمال التجارية من بيع وقرض وايداع ، ويتصرف بما يحقق مصلحة الشركة •

فان قصر فى شىء أو تعدى فهو ضامن ، مثل أن يدفع ما لا من التجارة ، فلا يشهد وينكره القابض ، فانه يضمن ، لأنه قصر اذ لم يشهد (٢) • مما أدى الى ضياع المال ، أو خشية ضياعة •

عقد المضاربة أو القراض ، وهو عقد معاوضة ، ومن عقود الأمانات ، وفيها يدفع رب المال المال الى العامل ، ليعمل فيه ويشتركا فى الربح • فان العامل يبذل جهده فيه ، والمال فى يده أمانة ، فهو أمين على ما فى يده ، فان تلف المال فى يده من غير تفريط ، لم يضمن ، لأنه نائب عن رب المال فى التصرف ، فلم يضمن من غير تفريط كالمودع (٣) • وأصل ذلك أن المضاربة ليست من عقود الضمان ، وانما من عقود الأمانات ، فلا يجب فيها الضمان كقاعدة ، الا أن يقصر أو يتعدى أو يخون ، فاذا أثبت رب المال التقصير أو التعدى أو الخيانة ،

---

(١) الكاسانى ، بدائع الصنائع ، جـ ٥ ، ص ٢٣٨ •
(٢) ابن رشد ، بداية المجتهد ، جـ ٢ ، ص ٢٥٦ •
(٣) الشيرازى ، المهذب ، جـ ١ ، ص ٥٠٨ ، ٥٠٩ •

يجب عليه الضمان ، ويقع اثبات ذلك على رب المـال ، لأن الأمين مصدق فى قوله ، الى أن يثبث العكس ، فاذا ثبت ضمناه ، وانقلبت يده من يد أمانه الى يد ضمان .

أما الرهن وهو من التوثيقات للدين ، وهو لازم فى حق الراهن جائز فى حق المرتهن ، فهو لصالح المرتهن ضمانا لدينه ، ومن ثم يجب فيه الضمان ، فـان أتلف المرتهن الرهن ضمنه ، لتعديه بانتفاعه بغير اذن ربه كالوديعة وكذلك ان استأجر الرهن المرتهن ، أو استعاره ، فان المرهون لا يخرج بذلك عن الرهن ، لأن القبض مستدام بيده ، ولاتنافى بين العقدين لكن يصير الرهن فى العارية مضمونا بالانتفـاع . وان انتفع المرتهـن بالرهن بغير اذن الراهن ، فعليه أجرته فى ذمته كالغاصب ، فان كانت من جنس الدين سقط منه بقدرها بالمقاصة بشرطها(١) .

وبالنسبة لعقد الوكالة ، وهو من العقود الجائزة ، اذ لكل طرف فيها ، أن يرجع فى وكالته ، ويفسخ عقده ، والوكيل فى ابرامه التصرف نيابة عن موكله ، قد يتقاضى أجرا ، أو يكون متبعا لذلك فانها تعد من عقود الأمانة ، ومادام الأمر كذلك ، فان الوكيل أمين فيها ، والامين لا يجب عليه ضمان ، فان تلف ما فى يده من مال أو ضاع ، سواء كان ثمنا أم مبيعا ، وكان هذا التلف أو الضياع بغير تفريط ولا تعد ، لم يضمن ، لأنه نائب عن الموكل فى اليد والتصرف فكان الهلاك فى يده ، كالهلاك فى يد موكله كالمودع ، يستوى فى هذا أنيكون وكيلا بأجر أو بغير أجر ، حتى لو كان له دين ، ولآخر عليه دين ، فوكله فى قبض دينه وأذن له أن يستوفى حقه منه ، فتلف المـال قبل استيفائه ، فانه لا يضمنه،

---

(١) البهوتى ، كشاف القناع ، جـ ٣ ص ٣٥٦ .

نص عليه أحمد (١) • وعند الشيعة الزيدية أنه اذا تلف المال أو ضاع في يد الوكيل ، فانه لا يضمن ، ويلزم الموكل تصرف الوكيل ويتحمل تبعة المال عند هلاكه أو ضياعه ، هذا اذا كان الوكيل عاملا بغير أجره ، واما اذا كان مستأجرا على ذلك ، فالضمان عليه ، الا أن يتلف بأمر غالب (٢) لا يد له فيه ، لعدم نسبة التقصير أو التعدى اليه •

وفى الكفالة ، فانها توايق للدين الذى على الأصيل أو المدين ، وهى تصرف يتم بارادة الكفيل ، يضمن بمقتضاه الدين على الأصيل ، ويترتب على الكفالة أن للدائن صاحب الحق ، مطالبة من شاء منهما ، وفى رواية عن مالك أنه لا يطالب الضامن الا اذا تعذر مطالبة الأصيل لأنه وثيقه ، فلا يستوفى الحق منها ، الا عند تعذر استيفائه من الأصل كالرهن • ودليل الرأى الأول ، أن الحق ثابت فى ذمة الضامن ، فملك مطالبته كالأصيل ، ولأن الحق ثابت فى ذمتهما ، فملك مطالبة من شاء منهما كالضامنين اذا تعذرت مطالبة الأصيل ، ولا يشبه الرهن ، لانه مال من عليه الحق ، وليس بذى ذمة يطالب انما يطالب من عليه الدين ، ليقضى منه أو من غيره (٣) •

وبهذه النماذج من التطبيقات الفقهية لضمان العقد ، فى بعض العقود التى تناولها الفقهاء ، يتضح أن ثمة فرقا بين ضمان العقد بمعناه الشرعى ، والمسئولية العقدية فى التقنين المدنى ، لأن ضمان العقد ، يراد به ، تنفيذ المتعاقد لا لتزامه الأصلى أما المسئولية العقدية ، فهى تعويض المتعاقد عن الضرر الذى أصابه بسبب عدم التنفيذ ، كما سيأتى •

---

(١) البهوتى ، كشاف القناع ، جـ ٣ ، ص ٤٨٤ ، ٤٨٥ . وبداية المجتهد ، جـ ٢ ، ص ٣٠٣ .
(٢) ابن مفتاح : شرح الازهار ، جـ ٤ ، ص ٢٤٩ •
(٣) ابن قدامه ، المغنى ، جـ ٤ ، ص ٦٠٥ •

الفصل الرابع

شروط الضمـــان

ثمة شروط معينة ، يجب أن تتوفر فى الشىء المضمون ، فانه لايجاب الضمان ، ومساءلة العاقد عن عدم تنفيذ العقد ، أو لاخلاله بالتزاماته العقدية ، يقتضى أن يكون هناك عقد على صفة معينة ، أو عقد توافرت فيه شرائطه الشرعية والقانونية ، وأن يـــكون هذا العقـــد محله مالا متقوما ، لكى يجب فيه الضمان ، اذ الضمان فى العقد لا يجب الا على شيء مضمون ، كان موضوعا لعقد من العقود والا كان ايجابا فى غير موجب وهو ما نريد أن نستجليه فى هذه النقاط .

المبحـــث الأول

المسئولية العقدية فى الفقه والقانون

اشتراط العقد الصحيح فى المسئولية العقدية فى القانون

يشترط لقيام المسئولية العقدية فى الفقه القانونى ، أن يـــكون العقد صحيحا لازما ، وأن يخل العاقد بالتزامه التعاقدى ، بعدم تنفيذ بنود العقد ، أو التأخر فى تنفيذه .

وفيما يتعلق بالاخلال بالالتزام التعاقدى بعدم تنفيذ العقد ، أو التأخر فى التنفيذ ، فقد عرضنا لها من قبل ، عند الكلام عن مقومات المسئولية العقدية ، وخلاصته حصول ضرر نتيجة الاخلال بالالتزام الناشىء عن العقد .

يبقى القول عن اشتراط أن يكون العقد صحيحا لازما ، ويتحلل هذا القول ، الى ضرورة وجود عقد بين الطرفين ، لقيـــام المســئولية العقدية اذ بدون وجود العقد ، لاتنشأ المسئولية العقدية ، لأنها سبب المسئولية والمسبب لا يوجد بدون سببه ، ويترتب على ذلك أن العلاقة التى مبناها المجاملة بين الطرفين ، اذا نشأ عنها ضرر ، لايشكل ذلك مسئولية عقدية وانما نكون بصدد مسئولية تقصيرية ، ولا تقوم المسئولية العقدية فى المرحلة السابقة على التعاقد ، ولا فى المرحلة اللاحقة لانحلال العقد ، فالمسئولية العقدية تظهر بابرام العقد ، وتختفى بانقضائه (١).

وبالاضافة الى وجود العقد ، يجب أن يكون العقد صحيحا نافذا لازما ، ويكون كذلك ، اذا توافرت أركانه وشروطه ، وصدر ممن يملك ابرامه ، ولم يتعلق به حق الغير ، وعرى عن الفسخ ، فاذا لم يكن العقد صحيحا نافذا لازما ، لم تقم به المسئولية العقدية ، لأن الرابطة بين الطرفين تكون عرضه للانتقاض ، لعدم استكمال شرائطها ، وما كان كذلك ، فلا يوجب المسئولية .

قيام المسئولية العقدية فى العقد الصحيح وغير الصحيح فى الفقه الاسلامى .

العقد فى الفقه الاسلامى ، اما أن يكون صحيحا أو غير صحيح ، ولكل منهما أقسامه ، ويتدرج العقد الصحيح فى قوته وفى ترتيب أحكامه فهو اما عقد صحيح فقط ، أو عقد صحيح نافذ ، أو عقد صحيح نافذ لازم ، وهو الذى بلغ المنتهى فى القوة والاستقرار ، وترتيب الأحكام .

---

(١) د. محمود جمال زكى ، الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات، ص ٤٥١ .

وانما اعتبر الاشتراط فى العقد ، من موجبات الضمان ، لأن الشرط فى الكثير الغالب ، يعبر به عن الاسباب ، أو عن أسباب الأسباب (١) ، لذلك فان الشرط يرتب الضمان ، ويعد من موجباته ، كما أن السبب مصدر للضمان ، ومن مسبباته ، حيث أن وجود السبب ، يترتب عليه وجود المسبب .

ونظرا لأهمية الاشتراط فى العقد ، واحتواء كثير من العقود على شرط الضمان ، فقد نص بعض الأصوليين على الشرط كموجب للضمان ، كقول العز بن عبد السلام : يجب الضمان بأربعة أشياء : اليد والمباشرة، والتسبب والشرط . ويمضى على ذكر كل منها بقوله : فأما اليد فالفصوب ، والأيدى الضامنة من غير غصب . وأما المباشرة فهى ايجاد علة الهلاك .... وأما التسبب فايجاد علة المباشرة ... وأما الشرط ففى ايجاد ما يتوقف عليه الاتلاف ، وليس بمباشرة ولا تسبب (٢) . فالشرط وفقا لذلك يعتبر موجبا عاما من موجبات الضمان ، فكما يكون الضمان متوقفا على شرط الاتلاف ، وقد يكون الضمان مترتبا على شرط منصوص عليه فى العقد ، أو وقع الاتفاق عليه بين المتعاقدين ، والعبرة فيه ، انصراف ارادة العاقدين الى الضمان بمقتضى الشرط المتفق عليه بينهما، فى العقد المبرم بينهما ، ويراد بالضمان فيه تأمين وتوثيق تنفيذ المتعاقد

---

(١) التعبير بلفظ الشرط عن السبب ورد فى قولة تعالى : فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ماعتدى عليكم . فالاعتداء الاول سبب الاعتداء الثانى .

التعبير بلفظ الشرط عن اسباب الاسباب ، فقد ورد فى قوله تعالى : فمن كان منكم مريضا أو على سفر ، فعدة من أيام أخر . تقديره فمن كان منكم مريضا أو على سفر فأفطر فعلية صوم عدة من ايام أخر . فالمريض والسبب ، سببان لجواز الافطار ، والافطار سبب لصوم عدة من ايام أخر .

(٢) العز بن عبد السلام ، قواعد الاحكام ، جـ ٢ ، ص ١٥٤ ومابعدها

لالتزامه بحسب محل الالتزام أو المعقود عليه فيه ، وهو — على ماذكرنا — من الشروط الملائمة لمقتضى العقد ، وفيهـا نفع للدائن فى غير أضرار بالمدين ، ويؤدى الى استقرار التعامل •

ولا يعتبر الضمان المشروط فى العقد ، هو الشرط الوحيد الذىيلتزم العاقد الوفاء به ، فقد يترتب الضمان على شرط ، يجرى به العرف ، وهو من الشروط الصحيحة ، كما قال الحنفية ، لأن العرف له مدخل فى أحكام الشرع ، اذ المعروف عرفا كالمشروط شرطا ، فقد يقضى العرف الجارى بين المتعاملين ، بأن نفقة حمل المبيع ونقله الى منزل المشترى ، يتحملها البائع أو العكس ، فيكون عرفا ملزما ، يتعين الوفاء به ، وهو بمنزله الشرط المتفق عليه فى العقد ، وان لم ينص عليه فيه ، لأن المعروف عرفا فى العقود كالمشروط شرطا فى الشرع •

ويترتب على ذلك ، أنه لا يجوز مخالفة الشرط الذى يقضى به العرف، ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضى بغير ذلك • لان النص ومثله الاتفاق قاض على العرف ، ومقدم عليه •

(أ) فالعقد الصحيح هو العقد الذى وجد بأركانه ، وشروط الانعقاد فيه ، على نحو ما أراد الشارع •

(ب) والعقد الصحيح النافذ هو العقد الذى صدر صحيحا ممن له ولاية ابرامه ولم يتعلق به حق الغير •

(ج) والعقد الصحيح النافذ اللازم ، هو العقد الذى صدر صحيحا نافذا ، لا يملك أحد المتعاقدين فسخه بارادته المنفردة •

وفى مقابل ذلك ، ينقسم العقد غير الصحيح الى عقد باطل ، أو فاسد، وعقد موقوف أو غير نافذ ، وعقد غير لازم • وهذا هو رأى الجمهور(١)•

---

(١) يقول الخطيب : والبيوع المنهى عنها قسمان : فاسد لاختلال ركن أو شرط وهو المصدر به ، وغير فاسد لكون النهى ليس لخصوصية

ويفرق الحنفية بين العقد الباطل والعقد الفاسد ، ويجعلونهما قسمين لا قسما واحدا .

١ — العقد الباطل أو الفاسد ، وهو العقد الذى اختل أحد أركانه، أو شرط من شروطه . مثل بيع الحمل فى بطن أمه ، وبيع اللبن فى الضرع، وبيع حبل الحبلة . وانما بطل البيع فيها ، لجهالة المبيع ، ولعدم القدرة على تسليمه ، أو لأنه بيع معدوم ، أو لأن فيه غررا (١) ، وهو الوصف الجامع ، لأسباب النهى فى هذه العقود وأمثالها .

ويمكن القول بوجه عام ، ان البيع الباطل أو الفاسد يكون كذلك ، لأن الخلل فيه يرجع الى الركن ، أو فقدان شرط من شروط العاقدين ، أو المحل ، المبيع أو الثمن ، أو أن يكون السبب غير مشروع فيه .

= بل لامر آخر ، وقد ضرب امثله على ذلك بنهى الرسول — صلى الله عليه وسلم . عن عسب الفحل وهو ضرابه اى طروق الفحل للانثى ، والبيع باطل فيه ، لانه غير متقوم ولامعلوم ولا مقدور التسليم مغنى المحتاج ، جـ ٢ ، ص ٣٠ .

ويقول السيوطى : الباطل والفاسد عندنا مترادفان ، الا فى الكتابة والخلع والعارية والوكالة والشركة والقراض . وفى العبارات : فى الحج ، فانه يبطل بالردة ، ويفسد بالجماع ولايبطل قال فى الخلع : كل ما اوجب البينونه واثبت المسمى ، فهو الخلع الصحيح ، وكل ما أسقط الطلاق بالكلية او اسقط البينونه ، فهو الخلع الباطل ، وكل ما أوجب البينونه من حيث كونه خلفا وافسد المسمى ، فهو الخلع الفاسد . الاشباه والنظائر ، ص ٣١٢ .

(١) يقول ابن جزى : فى بيع الغرر ، وهو ممنوع للنهى عنه ، الا ان يكون يسيرا جدا فيغتفر ، والغرر الممنوع على عشرة انواع : النوع الاول تعذر التسليم كالبعير الشارد ، ومنه بيع الجنين فى البطن دون بيع امه ، وكذلك استثناؤه فى بطن امه . كذلك بيع مالم يخلق كبيع حبل الحبله =

٢ — العقد الموقوف أو غير النافذ : وهو العقد الذى يتوقف نفاذه على اجازه من له ولاية عقده ، ولا ينفذ فى حق المتعاقدين أو الغير الا اذا أجازه .

٣ — العقد غير اللازم : وهو العقد الذى يجيز لأحد المتعاقدين أو كلاهما فسخه بارادته المنفردة .

وعند فقهاء الحنفية ، الباطل غير الفاسد ، فهما قسمان من أقسام العقد غير الصحيح . فالعقد الباطل : مالايكون مشروعا بأصله ووصفه. والعقد الفاسد ما كان مشروعا بأصله دون وصفه . واذا كان هذا هو

وهو نتاج ما تنتج الناقة . وبيع المضامين ، وهو ما فى ظهور الفحول . النوع الثانى : الجهل بجنس الثمن أو المثمون كقوله بعتك مافى كمى . النوع الثالث : الجهل بصفة أحدهما كقوله : بعتك ثوبا من منزلى أو بيع الشيء من غير تقليب ولا وصف .

القوانين الفقهية ، ص ٢٢٠ .

ويقول ابن قدامة : وكذا بيع الجمل غير امه ، واللبن فى الضرع ، معناه بيع الجمل فى البطن دون الام ، ولاخلاف فى فساده . قال ابن المنذر وقد اجمعوا على ان بيع الملاقيح والمضامين غير جائز ، وانما لم يجز بيع الحمل فى البطن لوجهين :

احدهما : جهالته ، فانة لا تعلم صفته ولا جياته .
والثانى : انه غير مقدور على تسليمة ، بخلاف الغائب ، فانه يقدر على الشروع فى تسلمة ، وقد روى سعيد بن المسيب عن ابى هريرة أن النبى صلى الله وعليه وسلم — نهى عن بيع المضامين والملاقيح ، قال ابو عبيد : الملاقيح ما فى البطون وهى الاجنة . والمضامين ما فى اصلاب الفحول ، فكانوا يبيعون الجنين فى بطن الناقة ، وما يضر به الفحل فى عامه ....
.. ثم يقول : وقد روى ابن عمر عن النبى — صلى الله عليه وسلم — أنه نهى عن بيع حبل الحبلة : متفق عليه . معناه : نتاج النتاج . قال أبو عبيدة وعن ابن عمر قال : كان أهل الجاهلية يتبايعون لحم لجزور الى حبل الحبلة وحبل الحبلة : ان تنتج الناقة ثم تحمل التى نتجت فنهاهم النبى — صلى الله علية وسلم — رواه مسلم : وكلا البيعين فاسد ، أما الاول فلانه بيع معدوم ، واذلم يجز بيع الحمل فبيع حمله أولى . وأما الثانى : فلانه بيع الى اجل مجهول .

الأصل العام ، فانهم لا يفرقون بين الباطل والفاسد فى العبادات ، وفى النكاح كذلك ، فان الآثار المترتبة على كل منهما واحدة فيهما (١) .

يثبت من ذلك أن الباطل والفاسد فى العقود ، متباينان ، يدل عليه أنه فى عقد البيع الباطل ، لا يملك المبيع بالقبض . أما فى عقد البيع الفاسد ، فانه يملك بالقبض . وفى عقد الاجارة ، لا يجب الأجر فى الاجارة الباطلة . بينما يجب أجر المثل فى الاجارة الفاسدة . وفى عقد الرهن : لا يتعلق الضمان بالعقد الباطل بالاجماع ، أما العقد الفاسد ، فيتعلق به الضمان . ولا يملك الحبس للدين فى الباطل ، ويملك الحبس للدين فى الفاسد (٢) .

---

(١) يقول ابن عابدين : وكل ماأورث خللا فى ركن البيع ، فهو باطل وما أورثة فى غيره فمفسد . ويقول : البيع الموقوف من قسم الصحيح ، على أنه فى المستصفى جعله من قسم الصحيح ، حيث قال : البيع نوعان : صحيح وفاسد . والصحيح لازم وغير لازم . وذكر فى البحر ان البيع المنهى عنه ثلاث : باطل وفاسد ومكروه تحريما . وما لا نهى فيه : ثلاثة أيضا : عقد لازم ، ونافذ ليس بلازم وموقوف . فالاول : ما كان مشروعا بأصله ووصفه ولم يتعلق به حق الغير ، ولاخيار فيه والثانى مالم يتعلق به حق الغير وفيه خيار . والموقوف ما تعلق به حق الغير . رد المحتار ، ج ٥ ، ص ٥٠ .

(٢) ابن نجيم : الاشباه والنظائر ، ص ٣٣٧ .

وقد قنن صاحب مرشد الجيران ، أحكام المذهب الحنفى فى هذا الموضع ، فنص فى م ٣١١ على أن : العقد الصحيح الذى يظهر أثره بانعقاده ، هو العقد المشروع ذاتا ووصفا . والمراد بمشروعية ذاته ووصفه ، أن يكون ركنه صادرا من أهله مضافا الى محل قابل لحكمه ، وأن تكون أوصافة صحيحة سالة من الخلل ، وأن يكون مقرونا بشرط من الشروط المفسدة للعقد .

وتناول فى م ١٣٢ العقد الفاسد : العقد الفاسد ، هو ما كان مشروعا بأصله لا بوصفه ، أى انه يكون صحيحا باعتبار أصله لا خلل فى ركنه ، ولا فى محله ، فاسد باعتبار بعض أوصافه الخارجية ، بأن يكون المعقود عليه أو بدله مجهولا جهالة فاحشة ، أو يكون العقد خاليا عن الفائدة ، أو ويكون مقرونا بشرط من الشرائط الموجبة لفساد العقد ، والعقد الفاسد لا يفيد الملك فى المعقود عليه ، الا بقبضه برضا صاحبه .

وبالنسبة للعقد الباطل ، نصت م ٣١٣ على ان : العقد الباطل ، هو ما ليس مشروعا لا أصلا ولا وصفا ، أى ما كان فى ركنه او فى محله خلل ، بأن كان الايجاب والقبول صادرين ، ممن ليس أهلا للعقد ، أو كان المحل غير قابل لحكم العقد .

هذا من حيث التفرقة بين العقد الباطل والعقد الفاسد فى الحكم ، وما يترتب على ذلك من أثر ، نتيجة هذه التفرقة ، أما على رأى الجمهور فانه لا فرق فى الحكم بين العقدين ، ما عدا بعض العقود المستثناه من الاصل العام •

وعلى الجانب الآخر ، فان العقد الباطل أو الفاسد ، على أى من الرأيين ، هو عقد غير صحيح ، ويقف فى مواجهة العقد الصحيح ، ويمنع من ترتب الأحكام الناتجة عن العقد الصحيح • واذا كانت هذه المقولة صحيحة ، من حيث حكم كل منهما ، وما يترتب عليهما من آثار ، فان الأمر ليس على هذا النحو بالنسبة للضمان ، اذ أن حكم الضمان واحد فى العقد الصحيح وغير الصحيح ، وآية ذلك القاعدة التى قررها الفقه ، وهى : كل عقد يجب الضمان فى صحيحة ، يجب الضمان فى فاسده ، وكل عقد لا يجب الضمان فى صحيحه ، لا يجب الضمان فى فاسده ، ونعنى بذلك أن العقد الصحيح اذا كان موجبا للضمان ، فالفاسد كذلك ، واذا لم يكن الصحيح موجبا للضمان ، فالفاسد كذلك، فالبيع والاجارة والنكاح موجبة للضمان مع الصحة ، فكذلك مع الفساد ، والامانات كالمضاربة والشركة والوكالة والوديعة ، وعقود التبرعات كالهبة لا يجب الضمان فيها مع الصحة ، فكذلك مع الفساد، وكذلك الصدقة [1] •

ومفاد القاعدة ، أن وجوب الضمان يجرى على اطلاقه فى عقود الضمانات ، كالبيع والاجارة والنكاح والرهن والخلع ، والشفعة وغيرها

= وهو لا ينعقد اصلا ، ولا يفيد الملك ، فى الاعيان المالية ، ولو بالقبض .

وقد نصت م ١٣٠ على حكم العقد الموقوف : اذا انعقد العقد موقوفا غير نافذ ، بأن كان العاقد فضوليا ، تصرف فى ملك غيره بلا اذنه ، أو كان العاقد صبيا مميزا ، فلا يظهر اثره ، ولا يفيد ثبوت الملك ، الا اذا اجازه المالك فى الصورة الاولى ، والولى أو الوصى فى الصورة الثانية ، ووقعت الاجازة مستوفية شرائط الصحة .

(١) ابن رجب ، القواعد فى الفقة الاسلامى ، ص ٦٧ .

لأن هذه العقود مبناها الضمان ، فان العقد لا يرتب أثره ، ولا يتم تنفيذه ، ولا تترتب عليه أحكامه ، الا بايجاب الضمان فيه ، فالقاعدة تؤهل حقيقة الضمان فى العقود ، فالضمان كما يجب فى صحيح العقديجب فى فاسده ، والسبب أن العقد الصحيح ، اذا أوجب الضمان ، فالفاسد أولى ، فاذا كان العقد الصحيح لا يقتضى الضمان ، فالعقد الفاسد لا يوجب الضمان كذلك ، تأسيسا على صحيحه، لان اثبات اليد عليه باذن المالك ولم يلتزم بالعقد ضمانا (١)، فكان جزاء وفاقا ، ألا يجب عليه الضمان •

ولا تطبق قاعدة الضمان على عقود الامانات ، مثل الشركةوالمضاربة والوديعة والوكالة ، وكذا عقود التبرعات كالهبة والصدقة وغيرها لأن هذه التصرفات تعتمد الامانة ، وتنبىء على الثقة ، والقاعدة أن الأمين لايضمن ، لأنه لا يخون الا اذا تعدى أو فرط فى التزامه المنوط به ، حتى لا تضيع الحقوق ، وتهدر الاموال والقول بعدم الضمان ينطبق حال صحة هذه التصرفات ، وكذلك حال فسادها ، اذ الضمان وعدمه ، يستوى فيه الصحة والفساد ، ويجرى فيه الحكم بالضمان فى العقود المضمونة، ولا يجرى الضمان فى الأمانات •

قيام المسئولية العقدية ، فى العقد الصحيح دون الباطل فى الفقه المدنى :

العقد الصحيح ، هو العقد الذى استجمع الأركـــان ، واستوفى الشروط المقرره فى القانون • فان العقد لكى ينعقد يحتاج الى توافق الارادتين ، بالايجاب والقبول ، ولا يكفى أن يكون التراضى موجودا ، بل يجب أن يكون صحيحا ، والتراضى لا يكون صحيحا ، الا اذا كان صادرا من ذى أهلية ، ولم تكن ارادة أحد المتعاقدين مشوبة بعيب • وعلى حد تعبير الفقه الشرعى ، أن يكون ركنه صادرا من أهله ، مضافا الى محل قابل لحكمه ، وأن تكون أوصافه صحيحه سالمة من الخلل •

---

(١) السيوطى ، الاشباه والنظائر ، ص ٣٠٨ •

فاذا تم العقد على هذا النحو ، فهو العقد الصحيح ، وأساس ذلك أن العقد له أركان لابد من قيامها حتى يتكون ، ولهذه الأركان شروط لابد من توافرها حتى لا تختل ، والركن الأول من هذه الأركان — وهو الرضاء — لابد أن يصدر من ذى أهليه كاملة ، وألا يكون مشوبا بعيب حتى يكون صحيحا ، وأركان العقد الرضاء والمحل والسبب ، وكذلك الشكل فى العقود الشكليه ، فاذا انعدم ركن منها ، كان العقد منعدما • وشروط المحل أن يكون ممكنا معينا مشروعا ، وشرط السبب أن يكون مشروعا ، فاذا اختل شرط من هذه الشروط ، كان العقد باطلا بطلانا مطلقا ، واذا صدر الرضاء من ناقص الأهلية ، أو شابه عيب كلفظ أو تدليس أو اكراه ، كان العقد باطلا بطلانا نسبيا(١) أو قابلا للابطال •

وهكذا يمكن القول بأن العقد الباطل ، هو الذى لم يوجد فيه أحد أركانه ولم تتوفر شروط الانعقاد فيه ، وهو بهذا يقابل العقد الباطل فى الفقه الاسلامى ، بينما يعتبر العقد الفاسد بالمفهوم الشرعى ، توسيعا لدائره البطلان فى العقود ، اذ أنه يحرم أسبابا يتعاطاها الفقه القانونى ، ويدرجها ضمن الأسباب المباحه والجائزه ، فالغرر جائز والفائدة ، والاحتكار ، والمعدوم الذى سيوجد فى المستقبل ، يجوز التعاقد عليها ، فى القانون ، وتحرمها النصوص والقواعد الشرعية •

والعقد القابل للابطال ، المناط فيه حماية مصلحة خاصة ، لأحد العاقدين ، اذ يقصد به ضمان صحة ارادته فى ابرام العقد ، بان يكون ذا أهلية له ، ولم يلحق رضاءه عيب يفسده ، انما يكون العقد — رغم هذا العيب — مستكملا لأركانه ، صالحا لانتاج آثاره ، ولا يمكن معرفة العيب الذى يلحق رضاء العاقد ، الا اذا أفصح هو عنه ، وأعلن عن ارادته فى التخلص من العقد الذى أبرمه تحت تأثيره ، فيتعين أن يظل

---

(١) د. عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، العقد : المجلد الاول ، ص ٦٤٧ •

العقد منتجا لآثاره ، الى حين حصول هذا الاعلان(١) • فالأساس فى هذا العقد ، أنه صحيح منتج لآثاره ، الى أن يقرر من له الحق فيه ابطاله ، وهذا وان تشابه من حيث صحة سريان آثاره على ارادة العاقد ، صاحب الحق فيه ، وهو بهذا يأخذ بفكرة العقد الموقوف فى الفقه الاسلامى ، الا أن المفارقة فيه واضحة ، ذلك أن الأصل فى العقد الموقوف، أنه غير نافذ ، ولا تترتب عليه آثاره ، الا بعد أن يجيزه صاحب الحق فى الاجارة (٢) ، كالشأن فى تصرف الفضولى ، وهو من يتصرف لحساب شخص من غير اذنه ، فيعتبر العقد موقوفا ، الى أن يمضيه الأصيل المعنى به ، ومثل عقد الصبى المميز ، فانه غير نافذ ، الى أن يجيزه الولى أو الوصى •

من أجل هذه المفارقة ، فالأصح ، أن يقال ان العقد القابل للابطال ، أقرب الى العقد غير اللازم ، منه الى العقد الموقوف ، لأن العقد غير اللازم ، هو العقد الذى يبقى نافذا ، الى أن يفسخه ، من تقرر الفسخ لمصلحته ، فاذا لم يستخدم المكنة المقررة له شرعا ، أصبح العقد لازما ، ويظل العقد منتجا لآثاره ، الى أن يقرر الفسخ ، صاحب الحق فى الفسخ ، لأنه مقرر لمصلحته • وهى الفكرة التى أخذ بها الفقه القانونى ، بالنسبة للعقد القابل للابطال •

ان التمييز بين العقد الصحيح ، والعقد غير الصحيح ، سواء كان باطلا بطلانا مطلقا ، أو قابلا للابطال ، يكتسب أهميته من حيث أثره على المسئولية العقدية ، فان العقد الصحيح هو العقد الذى يرتب المسئولية العقدية ، دون العقد الباطل بطلانا مطلقا ، أو العقد القابل للابطال ، اذ أن محل المسئولية هى العقد الصحيح اللازم الذى توافرت فيه الأركان من التراضى والمحل والسبب ، وشروط الانعقاد ، وهى الشروط المطلوبة فى الأركان ، وهى الاهلية فى الرضا ، وتطابق الارادتين والامكان والقابلية للتعيين فى المحل ، والمشروعية فى السبب • الى جانب

---

(١) د. محمود جمال زكى ، الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات ، ص ٢٢٤ .

(٢) قارن هذا الرأى الذى يقول به د. عبد الناصر العطار ، نظرية الالتزام ، ص ٢٤٩ .

توافر شروط الصحة ، وهى كمال الأهلية ، وسلامة الرضاء ، فاذا توفرت الأركان والشروط جميعا ، وأخل العاقد بالتزامه ، فلم يقم بتنفيذه أو تأخر فى التنفيذ ، قامت مسئوليته التعاقدية •

وطبقا لهذا النظر ، يظهر الفرق بين فقه القانون ، وفقه الشريعة ، ذلك أن المسئولية العقدية أو ضمان العقد فى الفقه الشرعى ، يتأتى فى العقد الصحيح والعقد غير الصحيح ، دون فرق بين الصحيح والفاسد فى هذا المجال ، لأن الصحيح ، اذا كان يفتقر الى ضمان ، فالفاسد أولى منه بهذا الضمان ، على حين نجد أن العقد الباطل أو العقد القابل للابطال ، لا تتأتى فيه المسئولية العقدية ، لأنه غير مكتمل الشروط والأركان ، ولان المسئولية تقتضى التعويض ، والتعويض لا يكون الا فى عقد صحيح ، صحت فيه الالتزامات ، وتحددت المسئوليات والعقد غير الصحيح ، لا يحمل بالتزام ، ولا ينشىء مسئولية ، لا نعدام أثر العقد بالنسبة الى المتعاقدين ، وبالنسبة الى الغير ، ولان العقد القابل للابطال ، قابل للزوال بابطاله ، وما كان كذلك ، لا تجب فيه المسئولية العقدية •

ومن ناحية أخرى ، يميز الفقه الشرعى بين عقود الضمان ، وعقود الأمانة ، فى مسألة الضمان ، فالنوع الأول هو الذى يجب فيه الضمان صحيحه وفاسده على سواء ، أما النوع الثانى ، وهى عقود الأمانة ، فلا يجب فيها الضمان الصحيح منها والفاسد ، ولا يعرف الفقه القانونى ، هذه التفرقة ، فى ايجاب المسئولية العقدية ، اذ أن العاقد مسئول عن التزامه اذا لم يقم بتنفيذه أو تأخر فيه ، متى توافرت شرائطه ، لا فرق بين عقود الضمان وعقود الأمانة لأن المسئولية العقدية مطرده فى كل عقود الضمان وعقود الأمانة ، فهذا التقسيم لا يأخذ به التقنين المدنى ، ومن ثم لا يرتب عليه الآثار التى يرتبها الفقه الاسلامى ، ومنها المسئولية العقدية •

المبحث الثانى
شروط محل الالتزام

يشترط فى محل الالتزام ، عدة شروط :

أولا : أن يكون مالا :

الالتزام رابطة قانونية ، ذات طبيعة مالية ، ومن خصائص الالتزام فى فقه القانون ، أنه عبء مالى ، وفى عبارة أخرى ، يمكن تقديره بالنقود ، فيعتبر فى ذمة المدين ، عنصرا سلبيا أو دينا ، يقابله فى ذمة الدائن عنصر ايجابى ، يسمى حقا شخصيا ، يختلف من ثم فى طبيعته ، عن حقوق الأسرة ، وحقوق الشخصية ، والحقوق السياسية ، وكذلك ما نسميه بالواجبات القانونية ، التى يعتبر الاخلال بها خطأ ، يقيم المسئولية التقصيرية (١) •

ان هذه الطبيعة المالية للالتزام العقدى ، تميزه عن شخص طرفيه وتجعل قيمته المالية ، هى الأساس فى التعامل ، ويجرى تقييمه وفقا لذلك ، لكن اذا كان الأمر كذلك ، فما هو نظر القانون الى المال ؟

المال فى نظر القانون ، يتكون من حقوق ، والحق فى المعاملات مصلحة ذات قيمة مالية يقررها القانون للفرد ، وهو اما حق عينى أو حق شخصى •

والحق الشخصى هو الالتزام ، ويسمى حقا اذا نظر اليه من جهة الدائن ، ودينا اذا نظر اليه من جهة المدين • والحق العينى ، هو سلطة معينة يعطيها القانون لشخص معين على شىء معين (٢)•

---

(١) د. محمود جمال زكى ، الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات ، ص ١٤ ، ١٥ .

(٢) د. عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، المجلد الاول ، العقد ، ص ١٣٣ .

وكما ربط فقه القانون بين المال والحق ، ربط فقه الشريعة بين المال، والعقد ، وها هو الشافعى يقرر ذلك بقوله : لا يقع اسم مال ، الا على ماله قيمة يباع بها ، وتلزم متلفه ، وان قلت ، ومالا يطرحه الناس ، مثل الفلس وما أشبه ذلك •

وأما المتمول ، فذكر الامام فى باب اللقطة ضابطين :

أحدهما : أن كل ما يقدر له أثر فى النفع ، فهو متمول ، وكل مالايظهر له أثر فى الانتفاع ، فهو لقلته ، خارج عما يتمول •

الثانى : أن المتمول ، هو الذى يعرض له قيمة عند غلاء الأسعار •

والخارج عن المتمول ، هو الذى لا يعرض فيه ذلك (١) •

وقد عرف بعض الفقهاء المال ، بأنه : ما يميل اليه الطبع ، ويجرى فيه البذل والمنع • أو هو ما يميل اليه الطبع ، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة ، وأنه قد خرج بالادخار المنفعة ، فهى ملك لامال ، لأن ما من شأنه ، أن يتصرف فيه بوصف الاختصاص (٢) •

---

(١) السيوطى ، الاشباه والنظائر ، ص ٣٥٤ .
قارن ذلك ، بما نص علية القانون المدنى ، فى تقسيمة للمال والاشياء :
فالمادة ٨١
١ — تقول : كل شيىء غير خارج عن التعامل بطبيعته ، أو بحكم القانون ، يصح أن يكون محلا للحقوق المالية .
٢ — والاشياء التى تخرج عن التعامل بطبيعتها ، هى التى لايستطيع احد ان يستأثر بحيازتها ، واما الخارجة بحكم القانون ، فهى التى لايجير القانون ، ان تكون محلا للحقوق المالية .
وتنص م ٨٣ على انه : يعتبر ما لا عقاريا ، كل حق عينى يقع على عقار ، بما فى ذلك ، حق الملكية ، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عينى على عقار .
٣ — ويعتبر مالا منقولا ماعدا ذلك من الحقوق المالية م ٨٧ .
١ — تعتبر أموالا عامة ، العقارات والمنقولات ، التى للدولة ، أو للاشخاص الاعتبارية العامة ، والتى تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل ، او بمقتضى قانون أو مرسوم ، أو قرار من الوزير المختص .
٢ — وهذه الاموال ، لايجوز التصرف فيها ، أو الحجز عليها ، او تملكها بالتقادم .
(٢) ابن عابدين ، رد المحتار ، ص ٥٠ ، ٥١ .

والمال بهذا الوصف ، يشمل كل ماله قيمة ، ويجب فيه الضمان ، بالعقد ، أو عند الاتلاف ، أو يتحقق به النفع ، هذا هو ما يدل عليه التعريف الأول .

أما التعريف الثانى ، فالمال يصدق على ما ترغب فيه النفس ، ويكون به الاعطاء والمنع ، أو هو ما ترغب النفس فيه ، ويدخر الى وقت الحاجة. ويخرج وفقا لهذا التعريف ، المنفعة من المال ، اذ لا يمكن التصرف فيها بوصف الاختصاص ، وهذه خاصية الملك لا المال .

وما دام الأمر كذلك ، فانه يدخل فى المال ، العقار والمنقول ، والحقوق التى بها يكون التصرف والانتفاع بالأعيان (١) .

وبالنسبة للعقد ، فقد اشترط الفقه فى المعقود عليه ، أن يكون مالا ، وهذا ظاهر ، فى بيانهم لحقيقة البيع ، بأنه مبادلة المـال بالمـال لذلك اشترط فى المبيع والثمن ، أن يكونا مالا (٢) ، وهو الذى يعتد به ، ويقصد اليه العاقدان فى البيع والشراء .

---

(١) يعرف قدرى باشا المال بانه مايمكن ادخاره لوقت الحاجة ، وهو نوعان عقار ومنقول . م (١)

م (٢) العقار كل ماله أصل ثابت لا يمكن نقله وتحويله .

م (٣) المنقول يطلق على كل مالا يمكن نقله وتحويله ، فيشمل العروض والحيوانات ، والمكيلات والموزونات ، والذهب والفضه ، ويشمل البناء والفراس ، القائمين فى ارض مملوكة أو موقوفة

م (٤) الحقوق التى بها يكون التصرف ، والانتفاع بالاعيان ، على ثلاثة أنواع :

الأول : حق ملك رقبه العين ومنفعتها .

الثانى : حق ملك الانتفاع بالعين دون الرقبة .

الثالث : حق الشرب والمسيل والمرور والتعلى ، ونحو ذلك من الحقوق .

م (٥) : الاعيان المملوكة الرقبة والمنفعة ، ماكان لملاكها ، حق التصرف فيها عينا ومنفعة ، ومنها الارض العشرية ، فتباع وتؤجر وتعار وتوهب وتوقف وترهن وتورث .

(٢) يقول الموصلى : البيع فى الشرع : مبادلة المال المتقوم بالمال المتقوم تمليكا وتملكا . الاختيار ، جـ ٢ ، ص ٤ .

الثانى : أن يكون متقوما :

يشترط الفقه فى المال ، الذى يجب الضمان فيه ، أن يكون متقوما ، أى مماله قيمة مالية فى نظر الشرع ، لأن الأعيان تضمن بقيمتها ، فاذا لم تكن متقومه ، فلا ضمان لها ، اذ الضمان يتبع التقوم ، ويرتبط به .

ويثير ضمان المال المتقوم حكم المال المتقوم فى نظر بعض الناس وغير متقوم فى نظر البعض الآخر ، والمعيار الذى يحكم هذا الضمان ، أن العبرة فى التقوم من عدمه ، يجب أن يكون للشريعة الاسلامية ، على اعتبار أنها تمثل النظام العام ، الذى لا يجوز مخالفته أو الخروج عليه ، واذا كان هذا الحكم ينبغى أن يسرى على كل الاحكام ، ومنها الضمان فى المال المتقوم ، فان ضمان الخمر والخنزير ، فيه تفصيل بين الفقهاء .

يذهب الحنفية الى أن الخمر والخنزير مال عند أهل الذمة ، لكنه غير متقوم فى نظر الشرع ، لما أن الشرع أمر باهانته ، وترك اعزازه ، لذلك فان بيع الخمر والخنزير باطل ، ان كان المقابل له ثمنا ، وهما أى الخمر والخنزير مبيع ، وان كان المقابل لهما عين من الأعيان ، فالبيع فاسد ، ويملك ما يقابله ، والفرق بينهما ، أن اعتبار الخمر والخنزير ، يدل على القصد اليهما ، وهما الاصل المقصود من الصفقة ، وهذا اعزاز يتنافى مع الاهانة التى أرادها الشرع لهما ، أما ان كان الخمر والخنزير قد بيعا فى مقابلة عين من الأعيان ، فالمعتبر والمقصود للعين المقابلة لهما، ويكون الاعزاز لها ، لذلك اعتبر البيع فاسدا .

ويقول البهوتى عن شروط البيع : الشرط الثالث : ان يكون المبيع والثمن مالا ، لانه مقابل بالمال ، اذ هو مبادلة المال بالمال ، وهو اى المال شرعا ، مافيه منفععة أو لغير حاجة ضرورة ، فخرج مالا نفع فيه اصلا كالحشرات ، ومافيه منفعة أو لغير حاجة ضرورة ، فخرج مالا نفع فيه اصلا كالكلب ، ومافيه منفعة تباح للضرورة ، كالميته فى حال المخمصة ، وخمر لدفع لقمة غص بها . كشاف القناع ، جـ ٣ ، ص ١٥٢ .

وفيما يتعلق بالضمان فيهما عند الاتلاف ، فان الحنفية يقولون بأن المسلم عليه ضمان قيمة الخمر والخنزير للذمى ، لأنه مال متقوم عند أهل الذمة ، وقد أمرنا بتركهم وما يدينون ، واذا بقى التقوم فقد وجد اتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه • فاذا أتلف المسلم الخمر والخنزير المملوكين للمسلم ، لم يضمن ، لأن المسلم ممنوع من تملكهما ، لكونه اعزازا له (١) وهو عكس ما يتغياه الشرع من اهداره واهانته وعدم التعامل فيهما •

ويذهب المالكية الى أن بيع الخمر والخنزير فاسد ، لأنه يشترط فى المبيع والثمن أن يكون طاهرا ، وهما من الأعيان النجسة ، فاذا أخذ المسلم خمرا مملوكه لمسلم ، فلا يضمنها ، لأن الواجب عليه أن يهريقها• أما ان أخذ المسلم خمرا لذمى ، فعليه قيمتها ، ويقومها من يعرف القيمة من المسلمين (٢) •

وعند الشافعية ، بيع الخمر والخنزير فاسد ، لأنهما نجسان ، فان عينهما نجسه ، وقد نهى عن بيعهما حديث الرسول —صلى الله عليه وسلم— فى قوله : ان الله تعالى حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام • أما عن حكم ضمانهما ، فان المسلم لا يضمن الخمر والخنزير ، حتى لو أتلفهما للذمى ، فمن باب أولى المسلم ، لما روى عن ابن عباس ، ان النبى صلى الله عليه وسلم — قال : ان الله تعالى اذا حرم شيئا حرم ثمنه ، ولأن ما حرم الانتفاع به ، لم يضمن ببدل كالميتة والدم • فان صارت الخمر خلا ضمنها ، لأن الخل مال ، والمال مضمون عند تلفه (٣) •

---

(١) المرغينانى ، الهداية ، جـ ٤ ، ص ٢١ .

(٢) يقول مالك فى المدونه : ارايت ان غصب مسلم مسلما خمرا ، فخللها ، فاتى ربها يكون له ان يأخذها فى قول مالك ، قال مالك فى مسلم كان عنده خمر ، قال أرى ان يهريقها ، فان اجترأ فلم يهريقها حتى صيرها خلا فليا كلها ، فارى انها للمغصوبه منه ثم يقول : أرأيت مسلما غصب نصرانيا خمرا ، قال : علية قيمتها فى قول مالك ، قلت ومن يقومها ، قال : يقومها من يعرف القيمة من المسلمين . المدونه الكبرى ، جـ ٤ ، ص ١٨٩ ، ١٩٠ .

(٣) الشيرازى ، المهذب ، جـ ١ ، ص ٢٩٢ .

وهذا الحكم ، يذهب اليه الحنابلة ، فلا يجب الضمان عند اتلاف الخمر والخنزير ، سواء كان المتلف مسلما أو ذميا ، لمسلم أو ذمى (١) ، لما روى عن جابر أن النبى — صلى الله عليه وسلم — قال : الا ان الله ورسوله حرما بيع الخمر والميته والخنزير والأصنام « متفق على صحته» وما حرم بيعه لا لحرمته ، لم تجب قيمته كالميتة ، ولأن ما لم يكن مضمونا فى حق المسلم ، لم يكن مضمونا فى حق الذمى ، ولأنها غير متقومة ، فلا تضمن •

ويذهب ابن حزم الظاهرى ، الى ضمان مال الذمى ، اذ لا يحل أخذ مال مسلم أو ذمى ، الا بما أباح الله عز وجل ، على لسان رسوله — صلى الله عليه وسلم — فى القرآن أو السنة ، وقد قال تعالى : لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ، الا أن تكون تجارة عن تراض منكم » ويقول الرسول — صلى الله عليه وسلم — ان دماءكم وأموالكم عليكم حرام (٢) والخطاب عام ، لا فرق فيه بين المسلم وغير المسلم •

من هذا البيان ، لما يراه أصحاب المذاهب الفقهية ، يتبين لنا ، أن الفقه الاسلامى ، لا يجيز التعامل فى الخمر والخنزير ، لأنهما أموال غير متقومة فان أعيانها نجسه ، والمعقود عليه يجب أن يكون طاهرا منتفعا به ، ولا ينتفع المسلم بهذه الأموال ، على أن نظرة الفقه ، تتجه الى الاعتبار المقصود فى المعاملات المالية ، وهو التقوم ، فغير المتقوم ، لا يصلح محلا للتعامل ، وهو ما يبرزه المذهب الحنفى بوجه خاص • — ويفرق بين كونهما — أى الخمر والخنزير — مبيعا ام ثمنا ، جريا على أصول المذهب فى التفرقة بين الباطل والفاسد • وعند الجمهور لا فرق بين الباطل والفاسد ، اذ أن بيعهما غير جائز ، والواقع أنه يمكن القول

(١) يقول ابن قدامه : ومن اتلف لذمى خمرا أو خنزيرا فلا غرم عليه ، وينهى عن التعرض لهم ، فيما لايظهرونة . المغنى ، جـ ٥ ، ص ٢٩٨ .

(٢) ويقول عقب ذكر هذه الادله : ولم يسبق عليه السلام عالما من غير عالم ، ولا مكلفا من غير مكلف ، ولا عامدا من غير عامد . ابن حزم : المحلى ، جـ ٨ ، ص ١٣٥

بأن القاعدة فى الخمر والخنزير عدم الضمان ، تأسيسا على عدم التقوم وعدم الطهارة ، وأن القائلين بالضمان ، استثنوا من هذا الحكم ، ضمانهما بالنسبة للذمى ، لأنهما أموال متقومة فى حقهم فيحرم التعدى عليها واتلافها ، ومن الفقهاء من طرد الأصل العام القاضى بعدم الضمان ، لدى المسلم والذمى ، كالشافعية والحنابلة ، لأن ما حرم التعامل فيه ، لم يجب فيه الضمان .

مالية المنافع فى الفقه الاسلامى :

ان تعريف المال ، بأنه ما يميل اليه الطبع ، ويمكن ادخاره ، الى وقت الحاجة ، يثير التساؤل عن مالية المنافع ، اذ أن المنافع ، وان كان الطبع يميل اليها ، لكن لا يمكن ادخارها وتمولها عند الحاجة ، لأنها عرض لامادة ، وخاصية الادخار والتمول تثبت للمادة وحدها ، لأن العرض يغنى ، فهو يوجد ليزول شيئا فشيئا ، والتمول يكون باعتبار البقاء والادخار لوقت الحاجة .

وهذا المعنى فى تكييف المنفعة ، وأنها ليست من الأموال ، قال به فقهاء الحنفية فان المنفعة فى نظرهم ملك لامال ، لأن الملك ما من شأنه أن يتصرف فيه بوصف الاختصاص ، ولا يعترض على ذلك بأن المنفعة تملك بالاجارة لأن ذلك تمليك لا بيع حقيقة ، ولذا قالوا ان الاجارة لا بيع المنافع حكما ، أى أن فيها حكم البيع وهو التمليك لا حقيقته [(١)] فانه مبادله مال بمال والمنافع ليست بمال ، لكونها معدومة ، والتمليك يوجد فيها فى المستقبل ، وهو غير جائز ، الا أنه جاز فى الاجارة استحسانا ، للحاجة اليها .

ويترتب على هذا التكييف ، فيما يتعلق بالضمان ، عدم ضمان المنافع عند اتلافها ، لأنها ليست بمال ، والذى يجب ضمانه هو المال ، فلا يسأل المتلف لها عن فعله الضار الذى أدى الى اتلافها ، وبمعنى آخر تنتفى المسئولية التقصيرية فيها ، لكن يضمن العاقد المنفعة ، تأسيسا على ضمان

---

(١) ابن عابدين ، رد المحتار ، جـ ٥ ، ص ٥١ .

العقد أو المسئولية العقدية ، وهذا الضمان يتأتى فى عقد الاجارة ، بحكم مشروعيته واجازته ، للوفاء بحاجات الناس ، وصيانة مصالحهم •

ويذهب جمهور الفقه الاسلامى ، الى اعتبار المنافع من الاموال ، فان المنافع مثل الأعيان ، لأنه يصح تمليكها حال الحياة وعند الموت ، ولأن لها قيمة مالية فى الأسواق ، ولأن كل ما يقدر له أثر فى النفع فهو متمول [1] ، يؤيد ذلك ، أن حائز المنفعة ، هو صاحب الاختصاص المستأثر بها ، بحيازته لمصدرها ، ولجريان تعامل الناس على أنها أموال متقومة فى عقودهم وتصرفاتهم المالية •

والملك فى المنفعة قد يكون مطلقا ، بأن يخول صاحب المنفعة ، أن ينتفع بنفسه ، وأن يمكن غيره من الانتفاع بالعين المنتفع بها ، مثل أن يوصى بسيارة لشخص ليركبها ، وأن يؤجرها أو يعيرها لغيره • وقد يكون الملك فيها مقيدا ، مثل أن يخول صاحب المنفعة ، الانتفاع بها فقط ، كما لو أوصى له ببيت معين للسكن فيه ، وقصر ذلك الحق عليه دون غيره •

ويفرق المالكية بين تمليك الانتفاع ، وتمليك المنفعة ، فتمليك الانتفاع يعنى أن يباشر الشخص الانتفاع بنفسه فقط ، وتمليك المنفعة أعم وأشمل فيباشر بنفسه ، ويمكن غيره من الانتفاع بعوض كالاجارة ، وبغير عوض كالعارية • ومن أمثلة تمليك الانتفاع سكنى البيوت ، والانتفاع بالمدارس والمساجد والاسواق ، فهو ينتفع فيها بنفسه فقط ومن أمثلة تمليك الانتفاع فى العقود النكاح ، فان الشخص فيه يباشر بنفسه ، وليس له أن يمكن غيره ، وليس مالكا للمنفعة ، ولا لبضع المرأة ، بل مقتضى عقد النكاح ، أن ينتفع هو خاصة ، كذلك الوكالة بغير عوض • ومن أمثلة تمليك المنفعة ، من استأجر دارا أو استعارها فله أن يؤاجرها من غيره ، أو يسكنه بغير عوض ، ويتصرف فى هذه المنفعة تصرف الملاك فى أملاكهم

---

(١) ذكر السيوطى فى الاشباه ضابطى التمول ، أولها : ان كل مايقدر له أثر فى النفع فهو متمول . ثانيها : ان المتمول هو الذى يعرض له قيمة عند غلاء الاسعار .

الاشباه والنظائر ، ص ٣٥٤ .

على جرى العادة على الوجه الذى ملكه (١) فتمليك المنفعة ، من باب التمليك المطلق ، بينما تمليك الانتفاع من باب الاباحة ، فاطلاق اسم الملك عليه من قبيل التعبير المجازى .

المنافع من قبيل الأموال : -

المنفعة مال على حسب الراجح فى الفقه ، وبالنظر الى معنى المالية والتمول فى الشرع ، وتبعا لما يجرى عليه العرف ، وتعامل الناس ، ويترتب على ذلك أن المنافع تكون محلا للعقد ، ويجرى فيها ضمان اليد ، والاتلاف ، ويكون العوض فيها عينا ودينا (٢) . فالضمان بمعنى التعويض أو جبر ما فات من المصالح ، جائز فى المنافع كالشأن فى الأموال ، لان الجوابر المتعلقة بالأموال ، الأصل فيها ، رد الحقوق بأعيانها عند الامكان فاذا ردها كاملة الاوصاف برىء عهدتها ، وان ردها ناقصة الأوصاف جبر أوصافها بالقيمة ، لان الأوصاف ليست من ذوات الأمثال ، وان ردها ناقصة القيمة موفرة الأوصاف ، لم يضمن ما نقص قيمتها بانخفاض الأسواق ، خلا فالابى ثور ، لانه لم يفت شيئا من أجزائها ولا أوصافها (٣) .

فاعتبار المنافع من الأموال ، يقتضى ضمانها ، لكن الضمان فيها مختلف عن الضمان فى الأعيان ، فان الأعيان ترد بذاتها ، ان أمكن ، أما المنافع فانها تضمن بأجر المثل .

ويلاحظ أن حق المنفعه ، حق ناقص بالقياس الى حق الملكية ، لانه يجيز للمنتفع الاستعمال والاستغلال ، وقد يقتصر على أحدهما دون

(١) القرافى ، الفروق ، ج ١ ، ص ١٨٧ .

(٢) ويستطرد العز بن عبد السلام فى التدليل على ذلك بقوله : مثاله اذا غصب حنطة تساوى مائة فردها ، وهى تساوى عشره ، أو غصب ثوبا يساوى عشرة فردة ، وهو يساوى خمسة لاتحطاط الاسعار ، لان الغاية رغبات الناس ، وهى غير متقومه فى الشرع . والصفات والمنافع لايمكن رد أعيانها ، فتضمن الصفقات عند الفوات بما نقص من قيم الاعيان وتضمن المنافع بأجور الامثال اذا تعذر رد الاعيان قواعد الاحكام ، ج ١ ، ص ١٨٠ .

(٣) ابن قدامه ، المغنى ، ج ٥ ، ص ٤٣٤ .

الآخر ، وفى العادة يختص حق المنفعة بحق الاستعمال، وحق السكنى .

ومناط الاختلاف بين حق الملكية ، وحق المنفعة ، أن المالك فى حق الملكية صاحب الرقبة ، ويكون له عليها حق الاستعمال والاستغلال والتصرف ، بينما فى المنفعة ، ليس للمنتفع ، سوى حق الاستعمال والسكنى(١) .

ويكون الضمان بالقدر الذى يخوله الحق ، فهو أوسع منه فى حق الملكية ، عنه فى حق الانتفاع ، لأن الضمان يتبع الحق المنشىء له ، لأنه مصدر الضمان ، فيتقيد به ، ويخضع له وجودا وعدما ، فيصح أن ترد المنافع على العقار والمنقول . ويجوز أن تملك المنفعة بعوض ، كالاجاره ومن غير عوض كالعارية .

ثالثا : أن يكون معينا أو قابلا للتعيين فى التقنين المدنى :

يشترط التقنين المدنى ، فى محل الالتزام ، أن يكون معينا ، أو قابلا للتعيين ويسرى هذا الشرط على محل الالتزام ، سواء كان المحل شيئا ، أو عملا أو امتناعا عن عمل ، أو نقودا (٢) . ولنعرض لبيان ذلك فى ايجاز .

---

(١) بين قدرى باشا ذلك فى م ١٣ من مرشد الحيران بقوله : الانتفاع الجائز هو حق المنتفع فى استعمال العين واستغلالها ، مادامت قائمة على حالها ، وان لم تكن رقبتها مملوكة .

وتنص م ١٦ على ان يصح ان يكون تمليك المنفعة قاصرا على الاستغلال أو على السكن ، شاملا لها معا .

(٢) تنص المادة ١٣٣ من القانون المدنى على مايلى :

١ — اذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته ، وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره ، الا اذا كان العقد باطلا .

٢ — ويكفى ان يكون المحل معينا بنوعة فقط اذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره ، واذا لم ينفق المتعاقدان على درجة الشىء من حيث جودته ، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف ، أو من ظرف اخر ، التزم المدين ، بان يسلم شيئا من صنف متوسط .

وتنص المادة ١٤٣ على ماياتى : اذا كان محل الالتزام نقودا ، التزم المدين بقدر عددها المذكور فى العقد ، دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود، او لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر .

١ - تعيين محل الالتزام اذا كان شيئا :

ويتحقق هذا بأن يكون محل الالتزام نقل أو انشاء حق عينى على شىء ، ملكية أو ارتفاق ، أو رهن ، فيجب أن يكون هذا الشىء معينا ، أو قابلا للتعيين على الأقل • وينبغى للتعرف على ذلك ، أن نفرق بين الشىء المعين بالذات ، والشىء المعين بالنوع •

فبالنسبة لمحل الالتزام ، الذى يقع على شىء معـين بالذات ، ويشترط فيه ، أن تتحدد ذاتيه الشىء ، على نحو يتميز به عن الاختلاط أو الالتباس بغيره ، فمن يبيع سيارة عليه أن يبين نوع السياره ، وسنة الصنع ، واللون ورقم لوحاتها المعدنية ، وهكذا • واذا كان المبيع منزلا ، يجب أن يبين مساحته وحدوده وموقعه ، وعدد طوابقه الى غير ذلك •

واذا كان محـل الالتـزام ، ورد على شىء بالنـوع ، غير معين بالذات ، فينبغى أن يعين بجنسه ونوعه ومقداره ، فمن يبيع تفاحا ، عليه أن يبين نوعه ، ومقداره ، كأن يقول بعتك عشرون كيلو من التفاح الأمريـكانى •

على أن التعيين فى الأشياء محل الالتزام ، لا تكون دائما على هذا القدر من الوضوح ، فقد يترك أمر تعيين المحل للعرف أو للمـألوف ، فيكون المحل بذلك قابلا للتعيين ، لوجود الأساس ، الذى يتحدد وفقا له تعيين المحل •

وقد يقوم المتعاقدان ببيان المحـل من حيث النـوع والجنس والمقدار ، دون ذكر درجة الجودة ، ودون أن يمكن استخلاصـها من العرف أو من ظروف التعاقد ، وفى هذه الحاله يجب أن يكون الصنـف متوسطا ، فلا يكون جيدا ، حتى لا يغبن المدين ، ولارديئا ، حتى لا يغبن الدائن(١) • ويلاحظ أنه فى جميع الأحوال ، يجب تعيين المحل ، بالعلم به علما كافيا ، على نحو ما أوردته م ٤١٩ : يجب أن يكون المشترى

---

(١) د. عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، المجلد الاول ، العقد ص ٥١٢ .

عالمـا بالبيع علما كافيا ، ويعتبر العلم كافيا ، اذا اشتمل العقد على بيان المبيع ، وأوصافه الأساسية ، بيانا يمكن من تعرفه •

٢ ــ تعيين محل الالتزام اذا كان عملا أو امتناعا عن عمل :

قد يكون محل الالتزام عملا أو امتناعا عن عمل ، وعندئذ يجب أن يكون معينا أو قابلا للتعيين ، فاذا التزم شخص بأداء عمل معين ، وجب أن يتحدد نوع العمل الذى يقوم به ، وميقات العمل ، ووقت الراحه ، واذا كان محل الالتزام امتناعا عن عمل ، كأن يلتزم تاجر بعدم منافسة تاجر آخر ، فيجب تعيين نوع العمل ، الذى يتعين عدم المنافسه فيه ، والمنطقه أو المناطق التى يشملها الحظر ، والوقت الذى يتحدد به بداية وانتهاء الحظر ، وهكذا •

٣ ــ تعيين محل الالتــزام اذا كان نقودا :

اذا كان محل الالتزام نقودا وجب أن تكون معينه تعيينا يميـــزها عن غيرها ، من النقود الأخرى ، ويستلزم ذلك بيان نوعها ومقدارها ، مثل أن يلتزم المدين بأن يدفع الى الدائن ألف جنيه مصرى ، أو مائة دولار أمريكى • ، فانه يبرأ من التزامه هذا ، بأداء المبلغ والنوع ، بغض النظر ع نارتفاع قيمة هذه النقود أو انخفاضها • وهو ما نصت عليه م ١٣٤ : اذا كان محل التزام نقودا ، التزم المدين بقدر عددها المذكور فى العقــد ، دون أن يكون لارتفـــاع قيمة هذه النقـــود ، أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر •

واذا كان الأصل ، هو أداء الالتزام ، بحســب المتفق عليه بين المتعاقدين أو المنصوص عليه فى العقد ، ومع ذلك ، فليس من اللازم أن يؤدى المدين النقود من النوع المنصوص عليه فى العقد ، جنيهات أو قروشــا أو ملاليم ، بل ان المدين يؤدى دينه عادة بنقد ذى ســعر

قانونى ، يساوى القدر المتفق عليه ، فيؤديه عملة ورقية ، اذا تقرر لها سعر قانونى[١] •

اشتراط العلم بالمحل علما تنتفى به الجهالة الفاحشه فى الفقــه الاســلامى :

يتشدد الفقه الاسلامى ، فى بيان محل الالتزام ، اذ يشترط العلم به علما تنتفى معه الجهالة الفاحشه ، حذرا من المنازعات التى تتسبب عن الجهل بالمحل ، أو درءا لمــا يشوب المحل من غرر ، يفسد به العقد • ولنتحرى وقف الفقه ، من حيث طبيعة العلم المطلوب فى محل التعاقد •

ان المطلع على نصوص الفقه الاسلامى ، فى هذا الموضوع ، يجد أنه يفرق بين العلم بالمحل الموجود وقت التعاقد ، وبين العلم بالمحل الغائب عن المتعاقدين ، فى مجلس العقد •

١ ــ العلم بالمحل اذا كان شيئا :

فالفقه الحنفى ، يشترط فى المحل ، أن يكون معروفا معرفة نافية للجهالة ، قطعا للمنازعة[٢] ، فان كان المعقود عليه فى مجلس العقــد ، فيكتفى بالرؤية المباشره له ، لأنها موجبه للتعريف قاطعة للمنازعة ، وان كان غير موجود فى مجلس العقد ، فان كان مما يعــرف بالأنموذج ، كالأشياء المتماثله ، فرؤية عينه منها تكفى للتعرف على المحلّ • وان كان من الأشياء القيمية ، كالأقمشة ، والسيارات ، فيجب ذكر جميع الأوصاف التى تنتفى بها الجهالة ، ويكون للمشترى خيار الرؤية ، ليتحقق من توفر الصفات ، التى أبرم وفقا لها العقد •

---

(١) د• عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط مرجع سابق ، ص ٥٢٢

(٢) يقول الموصلى : ولابد من معرفة المبيع معرفة نافيه للجهالة ، قطعا للمنازعة ، فان كان مما يعرف بالانموذج كالكيلى والوزنى والعددى المتقارب ، فرؤية الانموذج ، كرؤية الجميع ، الا انه يختلف فيكون له خيار العيب ، فان كان مما لا يعرف بالانموذج كالثياب والحيــوان ، فيذكرية جميع الاوصاف قطعا للمنازعة ، ويكون له خيار الرؤية . الاختيار ، جـ ٢ ، ص ٦٢٥ .

ويذهب المالكية ، الى اشتراط العلم بالمحل ، ويتحقق العلم برؤية الشيء الحاضر فى مجلس العقد ، فان كان غائبا ، فيجب رؤيته أو رؤية بعضه فان تعذر فيجوز وصفه بما يؤدى الى العلم به ، لان الشيء انما يباع على رؤية أو صفة[1] • فهما وسيلة العلم بمحل الالتزام ، وأحدهما وهو الرؤية أصلى ، والآخر بديل عنه ، وهو الوصف، فيقوم مقامه فى تحصيل العلم ، ونفى الجهالة •

وعند الشافعية ، يشترط العلم بالمحل ، فلا يجوز بيع عين مجهولة ، لأن ذلك غرر من غير حاجة[2] ، وبالنسبة للعين الغائبة عن مجلس العقد ، يجب تعيينها تعيينا نافيا للجهالة الفاحشه ، وذلك ببيان جنسها ونوعها ، لحديث أبى هريرة أن النبى — صلى الله عليه وسلم — « نهى عن بيع الضرر ، وفى بيعما لا يعرف جنسه أو نوعه غرر كبير ، وبذلك يفرق الشافعية بين الشيء المعين بذاته ، فيجب أن يتحدد بذاته بما يتحقق العلم به ، وينفى الجهل عنه ، وذلك بفرزه وتجنيبه أو الاشارة اليه ، كما لو باع ثوبا من أثواب موجوده ، أو حيوانا من الحيوانات ، فاما ان يفرزها لتتعين أو يشير اليها ، ليتحدد المعقود عليه من بينها • فاذا كان الشيء غير معين بذاته ، فيجب ذكر جنسه ونوعه ، كبيع اردب قمح من نوع معين ، والمذهب بذلك يقترب مما أخذ به التقنين المدنى ، ولا يتفق معه فى الجزئيات ، لأن التفصيلات الفقهية ، تعول كثيرا على

---

(١) يقول الخطاب بعد أن ذكر ان من شرط المبيع ان يكون معلوما قال : لان المبيع لاتباع الابرؤية او صفة ، والصفة لاتباع عليها الشيء الحاضر الا اذا كان فى رؤيتة مشقة ، فيباع على الصفة على الاشهر ، والجزاف لا يكون الاحاضرا ، فلا يصح بيعة الابرؤية ، الا ان يكون فى الروية مشقة ، فيباع على الصفة .

مواهب الجليل ، جـ ٤ ، ص ٢٨٥ ، ٢٨٦ •

(٢) يقول الشيرازى : ولايجوز بيع عين مجهوله كبيع عبد من عبيد ، وثوب من أثواب ، لان ذلك غرر من غير حاجة ، ويجوز أن يبيع قفيزا من صبره ، لانة اذا عرف الصبره عرف القفيز منها ، فزال العذر ، ولا يجوز بيع العين الغائبة اذا جهل جنسها او نوعها ، لحديث ابى هريرة ، أن النبى — صلى الله عليه وسلم — نهى عن بيع الغرر ، وفى بيع مالايعرف جنسه او نوعة غرر كبير ، المهذب ، جـ ١ ، ص ٣٥٠ •

مجلس العقد ، ومعتمدها التفرقة بين المثليات والقيميات ، وليس هذا هو المنحى الذى يتجه اليه الفقه القانونى •

وعند الحنابلة ، يشـــترط فى المحل أن يـــكون معلوما للبائـــع والمشترى (١) ويتأتى العلم بالمحل برؤية ، تحصل بها معرفته ، وأن تكون الرؤية مقارنة للعقد ، بألا تتأخر عنه ، ويمكن الاكتفاء برؤية بعضـــه ، ان دلت رؤية بعضه على بقيته ، لحصول المعرفة بها ، وهذا بالنســـبه للمعقود عليه الموجود فى مجلس العقد ، فان كان المعقود عليه غائبا ، فيجوز تعيينه بالوصف ، كأن يقول بعتك ساعتى السويسرية ، ويذكر صفاتها المعرفة لها ، التى تميزها عن غيرها • ويجوز تعيين المحل بالوصف وهو موجود فى مجلس العقد ، كالأثـــواب المطوية ، أو البضـــاعه فى مخزنها ، وللمشترى حق فسخ العقد ، لعيب فى المعقود عليه ، أو نقص صفة فيه ، وليس للمشترى طلب بدله ، لوقوع العقد على عينـــه • اذ هو حاضر غير غائب عن المجلس •

وفى الفقه الظاهرى ، يـــكون العلم بالمحل بالرؤيـــة ، أو ببيان صفاته ، ويلزم العقد ، متى أبرم على وفق الصفات التى ذكرها البائع ، وان كان المبيع بخلافها فالبيع باطل • وكذلك اذا باع الشىء الغائب غير الموجود فى مجلس العقد ، ولم يكن رآه المشترى أو وصف له ، فالبيع

---

(١) يقول البهوتى : الشرط الســـادس : ان يكون معلوما لهما ، اى للبائع والمشترى ، لان جهالة المبيع غرر ، فيكون منهيا عنه ، فلايصح والعلم به يحصل برؤتة تحصل بها معرفتة أى المبيع مقارنه تلك الرؤية للعقد بألا تتأخر عنه ... أوبرؤية لبعضه ان دلت روية بعضه على بقيته ، لحصول المعرفة بها . ثم يقول : ويصح البيع بصفة تضبط مايصح السلم فيه ، لانها تقوم مقام الرؤية فى تمييزه ، وهو أى البيع بالصفة نوعان : أحدهما بيع عين معينة ، سواء كانت العين المعينة غائبة مثل أن يقول بعتك عبدى التركى ، ويذكر صفاته التى تضبط وتاتى فى السلم ، أو كانت العين المعينة بالصفة حاضرة مستورة كجارية منتقبه وأمتعة فى ظروفها او نحو ذلك ، فهذا النوع ينفع العقد علية برده على البائع بنحو عيب او نقص صفة .... كشاف القناع ، ج ٣ ، ص ١٦٣ .

فاسد مفسوخ[١] . أبدا ، لا سبيل لتصحيحه ، الا برؤية البيع ، أو تحديد أوصافه ، بما يجعله معلوما علما نافيا للجهالة ، المانعة للضرر ، والقاطعة للمنازعة .

(ب) العلم بالمحل اذا كان عملا :

يشترط الفقه الاسلامى ، العلم بمحل العقد ، اذا كان عملا ، بحيث تنتفى الجهالة الفاحشة ، ويتميز محل الالتزام .

يذهب فقهاء الحنفية ، الى ضرورة العلم بمحل العقد ، اذا كان عملا ، كما فى الاجارة على صبغ ثوب أو خياطته ، فان الملتزم بالصبغ أو الخياطه يكون مكلفا بأداء عمل ، فلابد أن يكون العمل معلوما ، وهذا فى الأجير المشترك (٢) .

واشتراط تعيين المحل ، اذا كان عملا ، لنفى الجهالة الفاحشة عنه ، ولضبط العمل ، وأدائه على الوجه المتفق عليه ، أو المنصوص عليه ، نقول الاشتراط على هذا النحو ، ظاهر فى عقد الوكاله ، فان محل الالتزام فيه أداء عمل من الوكيل لصالح الموكل ، فيجب العلم به علما

---

(١) يقول ابن حزم : فان بيع شىء من الغائبات بغير صفة ، ولم يكن مما عرفة البائع لابرؤية ولا بصفة من يصدق ممن راى ماباعه ولا مما عرفة للمشترى برؤية أو بصفة من يصدق ، فالبيع فاسد مفسوخ ابدا ، لاخيار فى جوازه اصلا . ويجوز ابتياع المرء ماوصفه له البائع صدقة او لم يصدقة . ويجوز بيع المرء ماوصفه له المشترى صدقة او لم يصدقة ، فان وجد المبيع بتلك الصفة ، فالبيع لازم ، وان وجد بخلافها فالبيع باطل ولابد . ثم يدلل على رأيه بقوله : والبرهان على بطلان بيع مالم يعرف برؤية ولابصفة ، صحة نهى النبى — صلى الله وعليه وسلم — عن بيع الغرر ، وهذا عين الغرر ، لانة لايدرى ما اشترى او باع . وقول الله تعالى : الا ان تكون تجاره عن تراض منكم « ولايمكن أصلا وقوع التراخى على مالا يدرى قدره ولاصفاته .. » المحلى ، جـ ٨ ، ص ٣٤٢ ، ٣٤٣ .

(٢) يقول المرغنانى : وتارة تعتبر معلومة بنفسه ، كمن استأجر رجلا على صبغ ثوبه او خياطته .... لانه اذا بين الثوب ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطة فيصح العقد . وربما يقال الاجارة قد تكون عقدا على العمل كاستئجار القصار والخياط ، ولابد ان يكون العمل معلوما ، وذلك فى الاجير المشترك . وقد تكون عقدا على المنفعه ، كما فى اجير الواحد ، ولابد من بيان الوقت . الهداية ، جـ ٣ ٤ ص ٢٣٢ .

ينفى الجهالة ، ويقطع المنازعة [1] ، ويتحقق ذلك ببيان جنسه وصفته ، أو جنسه ومبلغ ثمنه اذا كان الموكل به شراء شىء ، ليصير الفعل الموكل به معلوما فيأتمر بأمره •

وفى مذهب المالكية ، يجب أن يكون المحل معلوما ، اذا كان التزاما بأداء عمل ، وهاهو صاحب القوانين الفقهية يقرر ذلك بقوله : العمل فى الجعل ، قد يكون معلوما وغير معلوم ، كحفر بئر ، حتى يخرج منها الماء ، وقد يكون قريبا أو بعيدا ، بخلاف الاجارة ، فلابد أن يكون العمل فيها معلوما [2] •

وكذلك الحال فى الوكالة ، فان الوكيل مكلف بأداء عمل لصالح الموكل ، فيجب أن يكون العمل معلوما علما ينفى الجهالة الفاحشة ، منعا للمنازعة ، الا أن يفوضه الموكل بأن يعمل برأيه ونظره • ويجوز أن يكون العمل معلوما بالنص عليه ، أو بوجود قرينة تدل على تعيينه ، أو يكون معلوما بالعرف والعادة الجارية بين الناس • وهذه التوسعة فى كيفية العلم بالعمل ، تعود الى القول ، بأن محل الالتزام بعمل ، كما يصح أن يكون معينا ، يجوز أن يكون قابلا للتعيين ، ببحث الظروف والقرائن المفيدة للعلم [3] •

وفى مذهب الشافعية ، يشترط فى العمل محل الالتزام ، أن يكون معينا أو قابلا للتعيين ، فمن استأجر رجلا ليبنى له حائطا ، فيجب أن

---

(١) يقول المرغينانى أيضا : ومن وكل رجلا بشراء شىء ، فلابد من تسمية جنسه وصفة ، أو جنسة ومبلغ ثمنه ، ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الائتمار ، الا أن يوكله وكالة عامة ، فيقول بيع لى ما رأيت لانه فوض الامر الى رأيه ، فأى شىء يشتريه يكون ممثلا والاصل فيه ، ان الجهالة اليسيرة تتحمل فى الوكالة كجهالة الوصف استحسانا ، لان مبنى التوكيل على التوسعة ، لانه استعانة . الهداية ، جـ ٣ ، ص ١٣٩ .

(٢) ابن جزى ، القوانين الفقهية ، ص ٢٣٧ .

(٣) يقول الحطاب : قال ابن الحاجب : الموكل فيه شرطة أن يكون معلوما بالنص أو بالقرينة أو بالعادة . فلو قال وكلتك لم يفد حتى يفيد بالتفويض أو يأمر ، فلو قال بمالى من قليل وكثير مضى فى جميع الاشياء اذا كان نظرا . مواهب الجليل ، جـ ٥ ، ص ١٩١ .

يحدد مساحة المبنى المراد اقامته ، ونوع البناء الذى يريده ، لأن العمل يختلف باختلاف ذلك ، وكذلك الأجرة(١) •

وفى عقد الوكاله له ومحله أداء عمل من الأعمال ، يشترط العلم بالعمل ، لأن الجهالة بالعمل ضرر وغرر ، وهما منهما عنهما(٢) • فاذا كان العمل مجهولا ، فسد العقد ، لما فيه من اثارة المشاحنات والمنازعات وما يترتب عليه من الضررر ، وهما ممنوعان فى الشرع •

وفى مذهب الحنابلة ، يشترط العلم بالعمل المنوط بالشخص فى الاجـــارة ، اذ أن العقد يجب أن يعقد على عمل معلوم ، كالمقاول الذى يبنى حائطا ، والحائك الذى يخيط قميصا ، والناقل الذى ينقل الى مكان معلوم (٣) فان لم يتعين العمل ، لم تصح الاجارة ، لأن العقـــد على مجهول ، يؤدى الى الغرر ، ومعلوم نهى الشارع عنه فى سائر العقود •

وكذلك الشأن فى الوكالة ، يجب أن يكون العمل الموكل به الوكيل معلوما ، لأن الوكالة لا تصح الا فى تصرف معلوم ، فان وكله بما هو مجهول ، لم تصح الوكالة ، لما فيه م نالغرر والخطر (٤) •

واشتراط تعيين المحل اذا كان عملا ، أشار اليه صاحب مرشـــد

---

(١) يقول الشيرازى : وان استأجر رجلا ليحفر له بئرا او نهرا لم يصح العقد ، حتى يعرف الارض ، لان الحفر يختلف باختلافها ، ولايصح حتى يذكر الطول والعرض وما يبنى به الآجر واللبن والجص والطين ، لان الاعراض تختلف باختلافها . المهذب ، جـ ١ ، ص ٥٢١ .

(٢) وعن الوكالة ، يقول الشيرازى : ولايجوز التوكيل ، الا فى تصرف معلوم ، فان قال وكلتك فى كل قليل وكثير لم يصح ، لانه يدخل فيه مايطيق ومالايطيق ، فيعظم الضرر ، ويكثر الضرر . وان قال وكلتك فى بيع جميع مالى ، او قبض جمع ديونى ، صح ، لانه يعرف ماله ودينه . المهذب ، جـ ١ ، ص ٤٦٠ .

(٣) يقول ابن قدامة : والاجارة على ضربين : احدهما : ان يعقدها على مدة . والثانى : ان يعقدها على معلوم ، كبناء حائط وخياطة قميص ، وحمل الى موضع معلوم . المغنى ، جـ ٥ ، ص ٤٣٨ .

(٤) يقول ابن قدامه : لايصح الوكالة ، الا فى تصرف معلوم ، فان قال : وكلتك فى كل شيىء ، او فى كل قليل وكثير ، او ـ كل تصرف يجوز لى ، او فى كل مالى التصرف فيه ، لم يصح . المغنى ، جـ ٥ ، ص ٩٤ .

الحيران ، م ٥٨٦ : يجـوز اجارة الآدمى للخدمة ، أو لغيرها من أنواع العمل ، مع بيان المـدة ، أو تعيين قدر العمل ومدته . كما جاء فى م ٩٠٨ فى الوكاله : يشترط لصحة التوكيل بالشراء ، أن يكون الشيء المـوكل بشرائه معلوما عينا ، أو جنسـا ، مع بيان قدره أيضـا ، ان كان من المقدرات ، كالمـكيلات والموزونات ، ويكفى عن بيان قدره ، ببيان قدر الثمـن .

(ج) العلم بمحل الالتزام ، اذا كان نقودا :

يتطلب الفقه الاسلامى ، العلم بمحل الالتزام ، اذا كان نقودا ، ويميز الفقه بين الالتزام بالنقود ، اذا كان محله الذمة ، وما اذا كان متعينا بذاته ، ويحتـكم الى العرف فى بيان النقد ، الذى يجرى عليه التعـامل .

وهذا ما ذهب اليه فقهاء الحنفية ، فان الشرط عندهم كما يقـول الموصلى معرفة مقدار الثمن . وصفتـه ، اذا كان فى الذمة ، قطعـا للمنازعة ، الا اذا لم يكن فى البلد نقود لتعينه . ومن أطلق الثمـن فهو على غالب نقد البلد ، للتعارف (١) .

وعند فقهاء المـالكية ، يجـب العلم بجنس الثمن — النقود — وصفتها ، ومقدارها فان جهل الثمن ، فالعقد غير جائز ، لأنه غرر ، وهو ممنوع للنهى عنه ، الا أن يكون يسيرا جدا ، فيغتفر(٢) . لكنهـم

---

(١) ويبين الموصلى دور العرف فى ذلك فيقول : ولو قال : اشتريت هذه الدار بعشرة أو هذا الثوب بعشرة ، أو هذا البطيخ بعشرة ، وهو فى بلد يتعامل الناس بالدنانير والدراهم والفلوس ، انصرف فى الدار الى الدنانير ، وفى الثوب الى الدراهم ، وفى البطيخ الى الفلوس بدلاله العرف وان لم يتعاملو بها ينصرف الى المعتاد عندهم . الاختيار ، ج ٢ ، ص ٦ .

(٢) يقول ابن جزى : النوع الثانى — من بيوع الغرر — الجهل بجنس الثمن أو المثمون ، كقوله : بعتك ما فى كمى . ثم يقول النوع الرابع الجهل بمقدار احدهما ، كقوله : بعت منك بسعر اليوم ، أو بما يبيع الناس ، أو بما يقول فلان .... القوانين الفقهية ، ص ٢٢٠ ، ٢٢١

لا يحيلون الى العرف ، فى العلم بالثمن ، على النحو الذى يذهب اليـه الحنفيـة .

وعند فقهاء الشافعية ، يشترط العلم بالثمن للمتعاقدين ، ليس من كل وجه ، بل بالتعيين فى المعين ، وبالقدر والصفة فيما هو فى الذمه ، لأن الجهل به غرر يفسد العقد ، ولو باع بنقد ، وفى البلد نقد غالب ، تعين ، وان كان نقدان فى البلد ، لم يغلـب أحدهما الآخـر ، اشترط التعيين (١) ، ليتحقق العلم ، وينتفى الجهل .

ويشترط الحنابلة العلم بالنقود ، وبيان ذلك ، كما يقول صاحب كشاف القناع فى عقد البيع ، أن يكون الثمن معلوما للمتعاقدين ، حال العقد ، بما يعلم به المبيع من رؤية مقارنه أو متقدمه بزمن لا يتغير فيه الثمن ظاهرا ، لجميعه أو بعضه الدال على بقيته ... أو وصف كاف على التفصيل السابق ، لأن الثمن أحد العوضين ، فاشترط العلم بـه كالمبيع (٢) .

ويشـترط الظاهـرية العلم بالثمن ، اذ لا يجوز البيـع ، بثمن مجهول (٣) ، استدلالا بقوله تعالى : « اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه » فان الكتابة لا ترد الا على معلوم ، فى الدين والأجل ، فوجب التعيين ، وامتنع التجهيل .

وجوب الوفاء بما اتفق عليه المتعاقدان أو مثله :

وبناء على ذلك يلتزم العاقـد ، بدفع الثمن من النقود المتفـق عليها نوعا وقدرا وصفة ، فان لم تتحدد العملة ، فالعبرة بالنقد الغالب الذى يجرى عليه التعامل بين الناس ، لأن للعرف مدخـلا فى تحديد النقود التى يتم الوفاء بها ، كما دلت على ذلك عبارات الفقهاء ، وعلى أية حال ، فان الوفاء ينبغى أن يتم طبقا للمتفق عليه بين العاقدين .

---

(١) الخطيب ، مغنى المحتاج ، جـ ٢ ، ص ١٦ ، ١٧ .

(٢) البهوتى ، كشاف القناع ، جـ ٣ ، ص ١٧٣ .

(٣) ابن حزم ، المحلى ، جـ ٨ ، ص ٤٤٤ .

لكن هل يجوز الوفاء بغير نوع العملة المتفق عليها ، يذهب بعض الفقهاء الى أن الدراهم والدنانير ، جنس واحد ، فهما جنس واحد فى قضاء الدين ، فمن كان عليه دين دراهم ، وقد امتنع من القضاء ، فوقع من ماله فى يد القاضى دنانير ، كان له أن يصرفها بالدراهم ، حتى يقضى غريمـــه ولا يفعل ذلك فى غير الدنانير عند الامام ، وعندهما غير الدنانير كذلك[١] . أى أنه يجوز أن يفعل بغير الدنانير كالدنانير ، فله أن يصرف غير الدنانير بالدراهم ، وقريب من ذلك قال به المـــالكية[٢] .

وفى ذات الاتجاه ، نص قدرى باشا فى م ٢٢٢ : اذا كان المدين المطلوب ثمن مبيع ، وصار تعيينه فى العقد ، وهو مما يتعين بالتعيين ، فليس للمديون أن يدفع غيره بدلا عنه بدون رضاء الدائن ، وان كان مما لا يتعين بالتعيين كالنقود ، وعين فى العقد ، فللمدين دفع مثله ، وان لم يرض الدائن » وانما جاز دفع مثل النقود ، بدون رضاء الدائن ، لأن فى هذا وفاء بدين الدائن ، بما لا يبخسه حقه ، لأن البديل المدفوع يساوى النقود التى دفعها الدائن ، فضلا عن أن فيه تيسيرا على المدين فى أداء التزامه .

اهمية العلم بالمحل فى الضمان :

ويلاحظ أن تعيين المحل فى الفقه الاسلامى ، أيا كان طبيعه الالتزام فيه ، سواء كان واردا على الشىء موضوع الحق العينى ، أو كان واردا على عمل ، أو كان واقعا على نقود ، له صلة وثيقه بالضمان ، اذا أنه يسهل تنفيذ الالتزام الذى يفرضه العقد ، لأن من شأن جهالة محل

---

(١) ابن عابدين ، رد المحتار ، جـ ٥ ، ص ٧٥ .

(٢) يقول الحطاب : ومن اشترى من رجل دراهم بين يديه ، كل عشرين بدينار ، فلما نقده الدنانير ، قال لا ارضاها ، فله نقد البلد ، فان كان نقد البلد فى الدنانير مختلفا ، فلا صرف بينهما ، الا ان يسميا الدنانير . وقال اللخمى : ومن اذا صرف دراهم بدنانير أو باعه سلعة بدنانير والدنانير التى يتصرف بها فى البلد بين الناس مختلفة السكك كان ذلك فاسدا ، الا ان يكون الثمن فيما يباع به ذلك ، أو الغالب فيما يتصرفون به منها ، وغيره نادر قليل فيجوز ويحملان على الغالب . مواهب الجليل جـ ٤ ، ص ٢٧٧ .

الالتزام جهالة المقابل فى الضمان ، وعدم تحديد طبيعة الضمان ، ومعرفة نوع الالتزام فيه ، وهو ما يحول دون اثارة المنازعات بين أطـراف العقد ، ويمنع من انتحال المبررات للتعلل من جانب المدين بعدم تنفيذ التزامه ، أو التأخر فى تنفيذه وهو المقصود من ضمان العقد ، فى الفقه الاســلامى .

ومن ناحية أخرى ، فان مقارنة تعيين المحل فى الفقه الاسلامى ، أكثر وضوحا منه فى الفقـه القانونى ، لأن القابلية للتعيين فى التقنين المدنى ، تجعل المحل معلوما من الوجهة القانونية ، وغير معلوم من الوجهة الشرعية ، ذلك أن العلم فى الفقه الاسلامى ، يتحدد فى الرؤية ، وفى الوصف الشامل الكامل للمعقود عليه ، وهو مالا يتطلبه بهذا التفصيل الفقه القانونى ، اذ يكفى بيان الأساس الذى يجعل المحل معينا ، دون اشتراط أن يكون معينا بالفعل . لذلك فاننا نعتقد أن التقنين العراقى قد أحسن صنعا بالأخذ بالنظر الذى قال به الفقه الاسلامى (1) .

---

(1) نصت م ١٢٨ على انه :

١ — يلزم أن يكون محل الالتزام معينا تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينة بالاشاره اليه ، او الى مكانه الخاص ، ان كان موجودا وقت العقد ، أو ببيان الاوصاف المتميزة له مع ذكر مقدارة ، ان كان من المقدرات ، أو بنحو ذلك مما تنتفى به الجهالة الفاحشة ، ولا يكفى بذكر الجنس عن القدر والوصف .

٢ — على انة يكفى أن يكون المحل معلوما عند العاقدين ، ولاحاجة لوصفة ، وتعريفة بوجة اخر .

٣ — فاذا كان المحل لم يعين على النحو المتقدم ، فالعقد باطل .

الفصل الخامس

محـل الضمـان

المبحـث الأول

محل الالتزام فى عقود الضمان

ان مدرك الضمان فى المفهوم الشرعى ، أعم من مدرك المسـئولية فى الفقه القانونى ، لأنه يعنى الالتزام ، والالتزام متنوع العلاقات والروابط ، فقد يكون التزاما بالدين ، وقد يكون التزاما بالعين ، وقـد يكون التزاما بالمنفعه ، وقد يكون التزاما بعمل ، وقد يكون التزامـا بالتقوية والتوثيق • وهذا التعدد فى مدرك الضمان الشرعى يتجـاوز النطاق الضيق الذى تتحدد به المسئولية العقدية ، فى النظر القانونى ، اذ أن المسئولية العقدية ، هى جزاء اخلال أحد العاقدين بالتزام ناشىء عن العقد الذى أبرمه ، ولا صلة لها بالتنفيذ العينى للالتزام[1] • فهى تنحصر فى الالتزامات العقدية ، التى يرتبها العقد على العاقدين ، دون أن تتطرق الى التنفيذ العينى للالتزام ، ولنتعرف على محل الالتزام فى العقود المضمونة ، وهى التى يجرى فيها الضمان :

الأول: ضمان الدين : وهـو ضمان يثبت فى الذمة ، فتنشـغل به ذمة الشخص حتى يؤديه • وأظهر مصادر الدين القرض ، والقرض هو أن تعطى انسانا شيئا بعينه من مالك تدفعه اليه ، ليرد عليك مثله ، اما حالا فى ذمته ، واما الى أجل مسمى ، هذا مجمع عليه[2] قال الله

---

(١) د. محمود جمال زكى ، الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات ص ٣٢٩ .

(٢) ابن حزم ، المحلى ، جـ ٨ ، ص ٧٧ .

تعالى : « اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه » البقرة/٢٨٢ ٠

والقرض عند صاحب مرشد الحيران ، هو أن يدفع شخص لآخر عينا معلومة ، من الأعيان المثلية ، التى تستهلك بالانتفاع بها ليرد مثلهـا ٠ م ٧٧٩ ٠

ويكون القرض فى النقود ، والاشياء المثلية ، من المعدود والمكيل والموزون ، كما يكون فى ذوات القيم كالعروض والحيوان (١) على المقترض أن يرد الى المقرض مثل ما أخذه منه ، وهو الغالب ، أو يرده بعينه ان ظل على صفته بمقداره الذى حصل به القرض ، لأن القرض لا يكون الا من نوع القرض الحسن فى الشريعة الاسلامية ٠

والقرض كمصدر من مصادر الدين ، من عقود المعاوضات ، اذ أنه تمليك مال ، على أن يرد بدله ، فالمقترض ضامن له عليه الوفاء به فى المكان والزمان المحددين فى العقد ، فاذا كان معسرا ، فنظرة الى ميسرة، قال تعالى : وان كان ذو عسرة ، فنظرة الى ميسرة » ٠

وهذا التيسير قصد به وجوب الوفاء بالدين ، لا التحلل منه ، فان القاعدة فى الشرع ، أن يعطى كل ذى حق حقه ، وقد تشدد الاسلام فى ذلك ، كما يدل عليه حديث سلمه بن الأكوع ، أن النبى — صلى الله عليه وسلم — أتى بجنازة ليصلى عليها ، فقال هل عليه من دين ؟ قالوا : لا ، فصلى عليه ٠ ثم أتى بجنازة أخرى ، فقال : هل عليه من دين ؟ قالوا : نعم : قال : صلوا على صاحبكم ٠ قال أبو قتادة : على دينه يارسول الله٠ فصلى عليه ٠ وجه الدلالة ، أن ذمة المدين تظل مشغول بالدين ، ما لم يوفه أو يقوم الدائن بابرائه منه ، ولا يؤثر على ذلك وفاة المدين ، فان ذمته تبقى مشغولة بأداء الدين ، حتى يوفى به ، ويعنى ذلك أن ضمان المدين لدينه ، من قبيل الضمان القوى ، اذ لا يسقط الدين ، الا بالأداء أو الابراء ٠

---

(١) يجوز السلف او القرض ، فى كل ما يثبت فى الذمه سلما من العين والطعام والعروض والحيوان ، ابن جزى ، القوانين الفقهية ، ص ٢٤٨ ٠

لكن هل هناك مصادر أخرى للدين ، غير عقد القرض ؟ لقد عرف صاحب مرشد الحيران الدين بأنه : ما وجب فى ذمة المديون بعقد استهلاك مال ، أو ضمان غصب • م ١٦٨ • أما ضمان الغصب ، فانه يخرج عن بحثنا ، لأنه يقتصر على الضمان الذى مصدره العقد ، والغصب يندرج فى نطاق الفعل غير المشروع •

وما دام الأمر كذلك ، فان العهد ، أئ ما يلزم به الانسان نفسه ، أو ما يطلق عليه الفقه القانونى الارادة المنفردة ، يعد مصدرا للدين ، وعليه فان كل ما يكون الالزام فيه من جانب واحد ، كالصدقة والوصية، والنذر والهبة ، التى ترد على النقود والأشياء المثلية ، هى من قبيل الدين الذى ألزم به الشخص نفسه ، ويكون عليه أن يفى به ، لأن ذمته أصبحت مشغولة به وتمثل التزاما شرعيا ، بقبوله الزام نفسه به ، ألا ترى أن النصوص أمرت بالوفاء بالنذر ، وأداء الصدقات ، وأخرت توزيع التركة ، بعد تنفيذ الوصايا ، ونفرت من العدول عن الهبة ، ورتبت على ذلك آثارا شرعية (١) كحقوق واجبة الأداء الى مستحقيها •

والالتزام بالدين سواء كان مصدره العقد أو الارادة المنفردة ، على القول ، الراجح ، بأنها مصدر مستقل بذاته ، موجب للضمان ، عند توفر مقوماته ، وتحقق شروطه ، وبراهين ذلك الأمور الآتية : —

١ — أن الله تعالى ، شرع كتابة الدين ، كوسيلة لاثباته ، وتمكينا لحفظه ، فلا يجحده منكر ، ولا تثور بشأنه منازعة ، واهتماما بأمره ، فقد أمر الله المتعاملين بكتابة الدين ، وأحاط ذلك بسياج منيع لتتحقق العدالة بين طرفيه ، وتؤدى الحقوق لأصحابها • قال تعالى : يا أيها

---

(١) فقد وردت النصوص آمرة بالوفاء بالنذر فى قوله تعالى : ثم ليقضوا تفثهم وليوافوا نذورهم « الحج / ٢٩ » وفى الحديث : ف بنذرك « وحث على الصدقة فى قوله تعالى : وآتى المال على حبة ، البقرة / ١٧٧ » وقوله : لن تنالوا البرحتى تنفقوا مما تحبون » آل عمران / ٩٢ « وقول الرسول — صلى الله عليه وسلم — فى المال حق سوى الزكاة . وقد استقبحت النصوص الرجوع فى الهبة ، ففى الحديث : الراجع فى هبته كالراجع فى فيئة .

الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه ، وليكتب بينكم كاتب بالعدل ، ٠٠٠٠ الخ الآية ، وذلك احتياطا لأمره ، واهتماما بشأنه٠

٢ — أن مطل — أى مماطلة — الغنى ظلم ، يحل عرضه يعنى شكايته ، وعقوبته أى حبسه،فقد روى عن النبى — صلى الله عليه وسلم — أنه قال : لى الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته » رواه الخمسة الا الترمذى قال أحمد : قال وكيع : عرضه شكايته ، وعقوبته حبسه ٠ استدل بالحديث على حواز حبس من عليه الدين حتى يقتضيه ، اذا كان قادرا على القضاء تأديبا له وتشديدا عليه (١) ٠

وقد نصت مجلة الاحكام العدلية فى م ٩٩٨ : لو ظهر عند الحاكم مماطلة المديون فى أداء دينه ، مع قدرته على الوفاء ، وطلب الغرماء بيع ماله ، وتأدية دينه حجر عليه الحاكم ٠ والسبب فى ذلك لئلا يلجىء ماله بطريق المواضعة ، فيضر بغرمائه ، ولكنه يشترط للحجر أولا طلب الغرماء، فليس للحاكم أن يحجره عفوا ٠

ثانيا : أن يكون الدين محكوما به ، فمجرد دعوى الغرماء لا يكفى « هندية » أما الاشهاد ، أى اعلان الحجر ، فليس بشرط لصحته ، وانما يفعله القاضى خوفا من الجحود « خانية » وكذا أملاه المديون ليست بشرط أيضا ، كما توهم عبارة المتن لجواز حجر المفلس (٢) ٠

٣ — ان الفقه أوجب الضمان فى الدين ، فمن أخذ مال غيره ، فانه يضمنه يختلف ذلك باختلاف وجوه القبض — كما يقول صاحب القوانين الفقهيه — فانه على وجوه ، وذلك ان كان لمنفعة القابض فالضمان عليه، وان كان لمنفعة الدافع فلا ضمان منه ، وان كان لمنفعتها معا ، فينظر من أقوى منفعة فيضمن ، وقد يختلف فى فروع من هذا الأصل ، وهو ينقسم الى سبعة أقسام ٠٠٠ الثالث : أن يقبضه على وجه السلف ، فهو ضامن له أيضا (٣) ٠

---

(١) الشوكانى ، نيل الأوطار ، ج ٥ ، ص ٢٧١ ٠
(٢) سليم رستم باز اللبنانى ، شرح المجلة ، ص ٥٥٣ ،٥٥٤ ٠
(٣) ابن جزى ، القوانين الفقهية ، ص ٢٨٧ ٠

ويعنى ذلك أن السلف مضمون بنفسه ، وأن عقد القرض ينشىء التزاما على المقترض بأن يؤدى المال الذى اقترضه ، وتبقى ذمتــه مشغولة به ، حتى يرده .

٤ — أن الضمان فى الدين ، هو من نوع المعاوضات ، اذ ان المدين قد اخذ المال من الدائن ، ليعطيه ما تقاضاه ، فليس الدائن متبرعا له بالمال ، واذا كان القرض فى رأى بعض الفقهاء اعاره ابتداء فانه معاوضه انتهاء ، ولذا لا يصح القرض عند أصحاب هذا النظر فى غير المثلى ، لأنه لا يمكن الانتفاع به الاباستهلاك عينه ، فيستلزم ايجاب المثلى فى الذمة ، وهذا لا يتأتى فى غير المثلى ، قال فى البحر ، ولا يجوز فى غير المثلى ، لأنه لا يجب دينا فى الذمة ، ويملكه المستقرض بالقبض الصحيح. والمقبوض بقرض فاسد يتعين للرد ، وفى القرض الجائز لا يتعين بل يرد المثل ، وان كان قائما (١) . وهو دليل على وجوب الرد فى كل الاحوال وأنه يتعلق بذمة المدين ، لأنها محل الحقوق والواجبات ، فتبقى ضامنه له .

٥ — أن مسئولية المدين عن الدين ، تبلغ مداها ، فى أنها قد تتعداه الى غيره ، فان للدائن أن يستوثق من قضاء دينه ، ومن ضرورة اقتضائه له ، ويظهر ذلك ، فيما خوله له الشرع ، من جواز أن يشترط أخذ رهن أو كفيل ، واشهاد واقرار به عند حاكم ، لأن ذلك توثقة للعقد ، لازيادة فيه (٢) . فكان هذا من باب تقوية الضمان وتوثيقة ، من أجل الحصول على دينه .

أما العهد ، الذى يقطعه الانسان على نفسه ، ويرتب به التزاما لصالح غيره ، وهو الزام الشخص نفسه شيئا من المعروف مطلقا ، أو معلقا على شىء ، فهو بمعنى العطيه (٣) ، فهو اما أن يكون من قبيل العقد

(١) ابن عابدين ، رد المحتار ، جـ ٥ ، ص ١٦١ . والمثلى : مالاتتفاوت آحاده .

(٢) الخطيب ، معنى المحتاج ، جـ ٢ ، ص ١٢٠ .

(٣) عليش ، فتح العلى المالك ، جـ ١ ، ص ٢١٧ .

بالمعنى الأعم ، أو هو الارادة المنفردة على الرأى الراجح ، فانه لا يعد مصدر الالتزام ولا يتعلق به الضمان عند بعض الفقهاء . فلا خلاف بين العلماء ، فى جواز الوقف فى حق وجوب التصدق بالفرع ، مادام الواقف حيا ، حتى ان من وقف داره أو أرضه يلزمه التصدق بغلة الدار والأرض، ويكون ذلك بمنزلة النذر بالتصدق بالغلة ... ولكن للواقف بيع الموقوف وهبته واذا مات يصير ميراثا لورثته (١) والوقف والصدقة والنذر والوصية تتم بالارادة المنفردة للملتزم وهو الواقف والمتصدق والناذر والموصى ، فهذه التصرفات ، تتم بالارادة المنفردة ، وهى من ضمان الدين ، اذا حل الالتزام فيها ، مبلغا من النقود ، أو جملة من الأشياء المثلية ، فالوصية يجوز الرجوع فيها ، لأنها عطية ، لم تزل الملك ، فجاز الرجوع فيها كالهبة قبل القبض ، ويجوز الرجوع بالقول والتصرف (٢).

ومؤدى ذلك أن الالتزامات التى مصدرها العهد أو الارادة المنفردة غير ملزمة ، اذ يجوز الرجوع فيها ، والامتناع عن الوفاء بالتزاماتها ، لأن مبناها التبرع ، وهو غير ملزم ، وهو الرأى الذى يقول به الحنفيه والشافعية .

اما الارادة المنفـرده ، وهى عباره عن الالتزام عند المـالكية ، وهى الزام الشخص نفسه شيئا من المعروف ، من غير تعليق على شىء ، فدخل فى ذلك الصدقة والهبـة والحبس والعارية والعمـرى والعرية والمنحة والارفاق والاخدام والاسكان والنذر ، اذا كان غير معلق ... فكما يقول صاحب فتح العلى المالك فهذا أمر أوجبه على نفسه المعروف على مذهب مالك ، وجميع أصحابه ، لازم لمن أوجبه على نفسه ، ما لم يمت أو يفلس (٣) . ويترتب على ذلك أن الارادة المنفردة ، تعد مصدرا للالتزام ، ويتعلق بها الضمان ، فتكون مصدرا له .

---

(١) الكاسانى ، بدائع الصنائع ، جـ ٦ ، ص ٢١٧ .
(٢) الشيرازى ، المهذب ، جـ ١ ، ص ٦٠٢ .
(٣) مليش ، فتح العلى المالك ، جـ ١ ، ص ٢١٨ ، ٢١٩ .

ويلاحظ من ناحية أخرى ، أن المـالكية ، يوسعون من مجال الارادة المنفردة ، ولا يحصرونها فى تصرفات ضيقه ، فهى تشمل عندهم الهبـة والصدقة والوصية والحبس والعارية ، والمنحة والارفاق ... كمـا أنهم يعتدون بالعـرف ، ويأخذون بما يجـرى عليه ، فى بيـان معنى الالتزام . وهو تطور هام يجدر مراعاته ، لأنه كفيل بالتيسـير على الناس ، واشاعه الاستقرار ، وتوثيق الضمان ، وهو مقصد تشريعى هـام .

وعلى أية حال ، فان الدين ، سواء كان مصدره العقد ، أو العهد ـ الارادة المنفردة ـ فان ضمانه واجب ، ويتمثل هذا الضمان ، فى وجوب الوفاء به ، وقد نص على ذلك ، صاحب مرشد الحيران بقوله فى م ١٩٥ : تقضى الديون بايفائها نقدا أو قصاصا ، أو بابراء الفـريم ذمة المديون ، أو باحالة الدين ونقله من ذمة المدين ، الى ذمة غـيره ، أو بتجديد عقد الدين ، أو بفسخ العقد المترتب عليه الالتزام . وهى الوسائل التى ينقضى بها الالتزام بالدين ، ويتحقق الوفاء بها .

الثـانى : ضمان العـين :

وهو الضمان الذى يرد على عين من الأعيان ، وهذا الضمان محله العين ذاتها ، على عكس ضمان الدين ، فان محله الذمة ، حيث يتقرر للدائن سلطة مباشرة على العين ، ويتم التنفيذ فيه بأداء عين الحق ، ويجبر المدين على التنفيذ عند امتناعه .

والعقد هو المصدر الأول ، من مصادر ضمان العين ، وهذا العقد بمقتضاه تكسب ملكية شىء أو حق عينى آخر ، يخول من تلقاء ذاته هذا الحق ، اذا كان المعقود عليه شيئا معينا بالذات ، وكان المتصـف هو صاحب الحق المتصرف فيه[1] . ويستهدف العاقد من ورائه ، تملك

---

(١) م ٢١٩ من مشروع قانون المعاملات المدنية ، وفقا لاحكام الشريعة الاسلامية الصادر عن لجنة تقنين الشريعة الاسلامية .

العين ، أو تسلمها ، أو المحافظة عليها ، ويوجب ذلك على الملتزم تمليك العين ، أو تسليمها أو المحافظة عليها •

فعقد البيع ينشىء التزاما على البائع ، بتمليك العين المبيعــه الى المشترى ، فمن باع دارا أو ثيابا أو طعاما ، التزم بتمليكها للمشترى(١) وتحمل مسئولية ذلك ، متى وفى المشترى له الثمن • فالبيع يرد على الأعيان منقوله كانت أو عقارا ، لتمليــكها بعوض اذ انه من عقــود المعاوضات ، التى تنطوى على المبيع — العين — الذى يلتزم به البائع ، والثمن الذى يلتزم به المشترى ، ويظل التزام البائع قائما ، الى أن يقوم بتسليم العين المبيعة الى المشترى ، فتنتقل ملكيتها له ، وبذلك يتخلص من التزامه تجاهه ، ويبرأ من مسئوليته الناشئة عن عقد البيع •

والى جانب ضمان العين ، المتمثل فى نقل الملكية ، أو تسليم العين المبيعة ، فان ضمان العين ، قد يكون محله حفظ العين ، كما هو الشـــأن فى عقد الوديعة ، فانه ينشىء التزاما على المودع لديه ، بحفظ العـــين المودعه ، فان تعدى فى الوديعة فضمنها ، ثم ترك التعدى فى الوديعة ، لم يبرأ من الضمان ، لأنه ضمن العين بالعدوان ، فلم يبرأ بالرد الى المكان ، كما لو غصب من داره شيئا ، ثم رده الى الدار • فان قال المودع أبرأتك من الضمان ، أو أذنت لك فى حفظها ، ففيه وجهان : أحدهما : يبرأ من الضمان ، وهو ظاهر النص ، لأن الضمان يجب لحقه ، فسقط باسقاطه • والثانى : أنه لا يبرأ حتى يردها اليه ، لأن الابراء انما يكون عن حق الذمة ، ولا حق له فى الذمة ، فلم يصح الابراء (٢) • فالوديعة مضمونه على المودع ، لأنه ملتزم بالحفظ ، فيضمن بالتفريط فيــه ، لأنه أخل بمسئوليته الناشئة عن عقد الوديعة •

---

(١) البيع شرعا : مبادلة المال المتقوم بالمال المتقوم ، تمليكا وتملكا ، فان وجد تمليك المال بالمنافع فهو اجارة أو نكاح ، وان وجد مجانا فهو هبة . الموصلى ، الاختيار ، جـ ٢ ، ص ٣ .

(٢) الشيرازى ، المهذب ، جـ ١ ، ص ٤٧٦ .

وقد نص صاحب مرشد الحيران ، على حالات الالتزام بالعين والتى مصدرها العقد فى م ٢٦٣ ، ٢٦٤ • فنص فى م ٢٦٣ على أن : يصح أن يرد العقد على الأعيان منقوله كانت أو عقارا ، لتمليكها بعوض أو بغـــير عوض •

كما نص فى م ٢٦٤ على أن : يصح أن يرد العقد على الأعيـــان لحفظها وديعة ، أو لاستهلاكها بالانتفاع بها قرضا ، ورد بدلها •

ان حالات الالتزام بالعين ، التى أوردها صاحب مرشد الحيران ، تتناول الضمان العقدى ، أو المسئولية العقدية ، لعقد البيع والوديعة ، والقرض • لكن يلاحظ أنه لم ينص على الالتزام بتسليم العين ، وهو ما يبدو فى عقد البيع والعارية ، كما أنه نص على عقد القرض ، وقد رأينا أنه مصدر من مصادر ضمان الدين ، لا ضمان العين ، كما ذهب اليه • وبخصوص ضمان التسليم فقد تنبه اليه ، واضعوا مشروع قانون المعاملات المدنية ، فنص على أن العقد الذى بمقتضاه ينتقل حق عينى ، يتضمن التزام المتصرف بتسليم الشىء ، والمحافظة عليه حتى التسليم م ٢٢١ » ومناط الأهمية فى هذا النص ، أنه التزام جوهرى فى الأشياء العينيـــة •

وبالاضافة الى العقد ، كمصدر من مصادر الضمان العينى ، فان هناك العهد أو الارادة المنفردة ، التى ترد على عين معينة ، كالوقف ، فانه يرد على الأعيان المعينة كالعقار والحيوانات والسلاح والأثـــاث وأشباه ذلك ، وجملة ذلك : أن الذى يجوز وقفه ما جاز بيعـــه ، وجاز الانتفاع به ، مع بقاء عينه ، وكان أصلا يبقى بقاء متصلا[١] ، كالأمثله السابقة • فاذا علمنا أن الوقف يتم بارادة الواقف ، وأنه الذى يلزم نفسه بحبس العين الموقوفة على جهة من جهات البر والخير ، تبين لنا أن الارادة المنفرده مصدر من مصادر الالتزام بالعين •

---

(١) ابن قدامة ، المغنى ، جـ ٥ ، ص ٦٤٢ .

وكذلك الحال بالنسبة للوصية ، فانها تتم بارادة الموصى المنفردة ، وهو الذى يلزم نفسه ، بأن يوصى بعين معينه بذاتها كقطعة أرض ، أو دار أو مصنع ، الى فلان من الناس ، فهو بهذا التصرف قد أنشأ التزاما على نفسه ، مصدره ارادته وحدها ، محله عين من الأعيان ، فيكون من باب ضمان العين(١) •

والشأن فى ضمان العين كالشأن فى ضمان الدين حيث ان الغلبة للعقد عن الارادة المنفردة ، لأن المعاوضه فى المال ، وهى تكون بواسطة العقد ، أكثر وقوعا ، فى المعاملات ، لشدة الحاجة اليها ولأن الضمان يرتبط دائما بالعقود التى ترتب التزامات متقابلة ، اذ أنها تقوم على التعادل فى الالتزامات وأن من يرغب فى الحصول على شىء ، ينبغى أن يبذل عوضا فى مقابله ، وهو ما لايتأتى فى الالتزام الذى مصدره الارادة المنفردة ، لذلك كانت الأخيرة ، أقل وقوعا من الأولى •

الثالث : ضمان المنفعة :

هو الضمان الوارد على منافع الأعيان للانتفاع بها ، بمقابل أو بغير مقابل ، فهو يتضمن المعاوضة ، كما فى الاجارة ، وهى عقد على المنافع بعوض ، ويطلق عليها بيع المنافع ، فالمعقود عليه فيها المنفعه ، مقابل الأجرة التى يدفعها المستأجر •

وبمقتضى هذا العقد ، يلتزم المؤجر بضمان المنفعه للمستأجر ، لأن هذا موجب العقد الصحيح ، فاذا كان العقد فاسدا ، فان الواجب فى الاجارة الفاسدة عند الحنفيه أجر المثل ، لا يجاوز به المسمى ، لأن المنافع لا تتقوم بنفسها ، بل بالعقد لحاجة الناس ، فيكتفى بالضرورة فى الصحيح منها ، الا أن الفاسد تبع له ، فيعتبر ما يجعل بدلا فى

(١) يقول الاستاذ الدكتور عبد المجيد مطلوب : والارادة المنفرده قد تكون سببا مصدرا للالتزام المالى ، والمراد به فى الفقه الاسلامى الدين ، وذلك كما فى الكفالة والوصية والهبة والنذر ، كما قد تكون مصدرا وسببا لالتزام غير مالى ، كما فى الطلاق ، واسقاط الشفعة ، وانهاء الوكالة والمراجعة وغيرها • نظرية الارادة المنفرده ، ص ٣١ •

الصحيح عادة ، لكنهما اذا اتفقا على مقدار فى الفاسد ، فقد أسقطا الزيادة ، واذا نقص أجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية(١)٠

ويذهب المالكية الى أن المؤجر يضمن المنفعه للمستأجر بالأجرة المعلومة المسماة فى العقد ، فان كان العقد فاسدا ، وجب أجر المثل فى جميع العمل(٢) ٠

وعند الشافعى ، أن المؤجر يلتزم بالمنفعة المتفق عليها فى العقد ، بالأجرة التى تصادقا عليها المؤجر والمستأجر ، فان كانت الاجرة غير معلومة تضمن المنفعة بأجرة المثل ، سواء كان أجر المثل أكثر مما ادعى أو أقل مما أقر به المستأجر ، فى عقد الاجارة الباطلة (٣) ٠ أى يلزم أجره المثل دون تقيد بالاجرة بالمسماة مهما بلغت ٠

ومذهب الحنابلة ، يضمن المؤجر المنفعة للمستأجر ، بالاجرة المعلومة المسماه فى العقد ، فان كانت الاجارة فاسده ، وقبض المستأجر المنفعة ومضت المدة ، أو مدة يمكن استيفاء المنفعة فيها أولا لا يمكن ، فعن أحمد روايتان :

احداهما : عليه أجر المثل لمدة بقائها فى يده وهو قول الشافعى ، لأن المنافع تلفت تحت يده بعوض ، لم يسلم له ، فرجع الى قيمتها ، كما لو استوفاها ٠

الثانية : لاشىء له ، وهو قول أبى حنيفه ، لأنه عقد فاسد على منافع لم يستوفها ، فلم يلزمه عوضها ، كالنكاح الفاسد ٠ وان استوفى فى المنفعة فى العقد الفاسد ، فعليه أجر المثل ، وبه قال مالك والشافعى٠ وقال أبو حنيفه : يجب أقل الأمرين من المسمى أو أجر المثل ، بناء منه ، على أن المنافع لا تضمن الا بالعقد ٠

---

(١) المرغينانى ، الهداية ، جـ ٣ ، ص ٢٣٨ ، ٢٣٩ ٠
(٢) الامام مالك ، المدونة ، جـ ٣ ، ص ٤٦٣ ٠
(٣) الامام الشافعى ، الام ، ، جـ ٣ ، ص ٢٦٣ ٠

ولنا أن ما ضمن بالمسمى فى العقد الصحيح ، وجب ضمانه بجميع القيمة فى الفاسد كالاعيان ، وما ذكره لا نسلمه (١) •

ومن هذه النصوص نعلم ، أن ضمان المؤجر ، فى عقد الاجارة ، هو ضمان منفعة محله عين من الاعيان ، لأنها أى المنفعة ، هى المقصودة من العقد ، وأنه فى مقابل ذلك يلتزم المستأجر بضمان الاجرة ، فمصدر هذا الالتزام عقد الاجارة ، وهو من عقود المعاوضات •

وثمة تصرف آخر ، يفيد تمليك المنافع ، لكن هذا التمليك بغير مقابل هو عقد العارية ، ولذا يقال عنها أنها تمليك المنافع مجانا ، ويضمن المعير العين المعارة بالتزامه الوارد على عين من الاعيان ، لان مصدر التزامه هو الارادة المنفردة ، والمرء يلتزم بارادته ، لذا كان ركنها الايجاب من المعير، وأما القبول من المستعير ، فليس بشرط عند أئمة الحنفيه (٢) • ويصح الضمان من جانب المعير بقوله أعرتك أرضى أو أعطيتك ثيابى ، ويلتزم المستعير بضمان العين المستعارة عند تغير حالها من الامانة الى الضمان ، ما هو المغير حال الوديعة وذلك بالاتلاف حقيقة أو معنى بالمنع بعد الطلب ، أو بعد انقضاء المدة ، وبترك الحفظ وبالخلاف حتى لو حبس العارية بعد انقضاء المدة ، أو بعد الطلب قبل انقضاء المدة يضمن ، لأنه واجب الرد فى هاتين الحالتين ، لقوله عليه الصلاة والسلام : العارية مؤداه • وقوله عليه الصلاة والسلام : على اليد ما أخذت حتى ترده • ولأن حكم العقد انتهى بانقضاء المدة أو الطلب ، فصارت العين فى يده كالمغصوب ، والمغصوب مضمون الرد حال قيامه ، ومضمون القيمة حال هلاكه (٣) • وهذا لا يخل بالحقيقة المقررة فى المذهب الحنفى ، وهو أن يد المستعير على العين المستعارة ، يد أمانة ، لكنها تتحول الى يد ضمان فى حالات الاتلاف والمنع وانقضاء المدة ، وترك الحفظ ، فهذه الحالات موجبة للضمان •

---

(١) ابن قدامة ، المغنى ، جـ ٥ ، ص ٤٤٥ ، ٤٤٦ •

(٢) ابن عابدين ، رد المحتار ، جـ ٥ ، ص ٦٧٧ •

(٣) الكاسانى ، بدائع الصنائع ، جـ ٦ ، ص ٢١٨ •

ومذهب المالكية ، أن العارية فى ضمان صاحبها ، ان تحقق هلاكهامن غير تعد ولا تفريط من المستعير • فان لم يظهر ضمن المستعير ما يغاب عليه ، — كالعروض — دون مالايغاب عليه — الأصول والحيوان — فيقبل قوله فيما لا يغاب عليه ، ما لم يظهر كذبه ، ولايقبل فيما يغاب ، الا ببينه (١) • وهذا يفيد أن المستعير يضمن فى حاله التعدى والتفريط، كما أنه يضمن فى الأعيان التى يغلب عليها كالعروض وماشاكلها •

وفى مذهب الشافعية أن ضمان العين المستعارة يكون على المستعير ، أن تلفت لاباستعمال مأذون فيه ، فانه يضمنها ، وان لم يفرط ، لقوله — صلى الله عليه وسلم — بل عارية مضمونة « ولأنه مال يجب رده لمالكه ، فيضمن عند تلفه كالمستام ، فلو أعارها بشرط أن تكون أمانة لغا الشرط(٢) فيد المستعير على العين المستعارة يد ضمان لا يد أمانة ، على عكس ما يقول به الحنفيه ، لأن المستعار مضمون عندهم كالمغصوب •

وعند الحنابلة ، أن العارية المقبوضة مضمونة ، روى عن ابن عباس وأبى هريره ، لما روى الحسن عن سمرة ، أن النبى — صلى الله عليه وسلم — قال : على اليد ما أخذت حتى تؤديه » رواه الخمسة وصححه الحاكم • وعن صفوان : أنه — صلى الله عليه وسلم — استعار منه يوم حنين أدراعا ، فقال : أغصبا يا محمد ؟ قال : بل عارية مضمونة » رواه أحمد وأبو داود • وأشار أحمد الى الفرق بين العارية والوديعة ، بأن العارية أخذتها اليد ، والوديعة دفعت اليك • ولأنه أخذ ملك غيره لنفع نفسه منفردا بنفعه من غير استحقاق ولا اذن فى اتلاف • فكان مضمونا كالغضب (٣) •

ويمكن القول استنادا لذلك ، أن العارية مضمونة على المستعير فى رأى جمهور الفقهاء ، وأن جميع الفقهاء متفقون على أن المستعير ضامن

---

(١) ابن جزى ، القوانين الفقهية ، ص ٢٣٠ .
(٢) الخطيب ، مغنى المحتاج ، ج ٢ ، ص ٢٦٧ .
(٣) البهوتى ، كشاف القناع ، ج ٤ ، ص ٧٠ .

للعين المستعارة عند الاتلاف أو ما فى معناه من المنع أو انقضاء المدة ، أو الاستهلاك ونحوها ، والاولى القول بأن يد المستعير على العين المستعارة يد ضمان ، رعاية لحق المعير فى الحفاظ على العين المستعارة وابقاءا عليها بعيدا عن الضياع ، خاصة وأن المعير يبذل العين مجانا بدون عوض الى المستعير ، فذهاب الاموال لا يعرو عن الضمان ، والأقرب الى العدالة، أن يتحمل صاحب اليد مسئولية ما انتفع به ولا نجعل المعير يتحمل الضمان عند ضياع حقه ونعفى المستعير من مسئوليته عن العين عند اتلافها أو الضياع ، وهو الذى يتمتع بالانتفاع •

وقد نصت م ٢٦٥ من مرشد الحيران ، على هذا الوجه من أوجه الضمان بقولها : يجوز ورود العقد على منافع الأعيان للانتفاع بهـا بعوض اجارة ، أو بغير عوض اعارة ، ورد عينها لصاحبها •

الرابع : الضمان بالعمل :

وهو الضمان الذى يلتزم فيه العامل بصنع شيىء ، أو بالقيام بأمر معين • أما الضمان الذى يكون محله صنع شىء معين ، فيعبر عنه فى الفقه الاسلامى بالاستصناع ، وهو أن يطلب من الصانع عمل شيىء معين ، على وجه مخصوص • فيصبح الصانع بموجب ذلك ملتزما بمـا اتفق عليه ، أو ما نص عليه فى العقد ، حتى أنه يجبر الصانع على عمله، ولا يرجع الآمر عنه ومحل الالتزام فى العقد ، هو العين ، لا عمل الصانع عند الحنفيه ، خلافا للبردعى من فقهائهم (١) ، فان المعقود هو العمل المتفق عليه أو المنصوص عليه فى العقد ، وهو الذى نرجحه ، لأنه محل العقد •

وعلى ذلك ، فان الاستصناع من قبيل الالتزام بالعمل ، ويضمن الصانع فيه العمل الذى وكل اليه القيام به ، ويضمن المستصنع الأجرة المستحقه للصانع مقابل العمل الذى يقوم به ، والذى محله صنع شىء معـــين •

---

(١) ابن عابدين ، رد المحتار ، ج ٥ ، ص ٢٢٤ ، ٢٢٥ •

وقد بين صاحب مرشد الحيران ، هذا النـــوع من الضمان ، فى م ٢٦٦ بقوله : يصـــح أن يرد العقد ، على عمل معـــين من الأعمـــال الصناعية ، أو على خدمة معينة •

كما نصت م ٣٩٢ من مجلة الأحكام العدلية على أنه : اذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدين الرجوع عنه ، واذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة ، كان المستصنع مخيرا (١) •

واجارة الأشخاص ، يكون محلها الالتزام بعمل من الأعمـــال ، ويندرج هذا ضمن عقد الاجارة ، والاجير فى هذا النوع من الاجارة ، اما أجـــير خاص ، أو أجير مشترك •

والأجير الخاص هو الأجير ، الذى يقوم بعمل معين ، لمدة معينة ، لصالح شخص أو أشخاص معينين ، مثل السائق ، والطاهى ، ومقاول البناء ، فان هذا الشخص يكلف بعمل معين ، لحساب شخص معين ، فى مدة معينة ، ومن أحكامه أنه يستحق الأجرة بتسليم نفسه وان لم يعمل ، لأنها مقابلة بالمنافع ، وانما ذكر العمل لصرف المنفعه المستحقه الى تلك الجهة ، ومنافعه صارت مستوفاة بالتسليم تقديرا ، حيث فوتها عليه ، فاستحق الأجـــرة •

والأجير المشترك هو الأجير الذى يناط به عمل معين ، من غـــير اختصاص بشخص أو أشخاص معينين ، فهو يضع نفسه تحت تصرف من يطلبه لأداء عمل معين ، لجمهـــور الناس ، كالنجار ، والحـــداد ، والحائك ، والمحامى والطبيب • فان كلا منهم يؤدى عملا معينا ، لمـــن يطلبه الناس ، وتقوم طبيعة عمله على أنه يقدم خدمة عامه لا خاصـــة وهذا من حيث شخصه ، أما من حيث العمل الذى يقوم به ، فهو عمل محدد • ومن أحكام الأجير المشترك أنه لا يستحق الأجرة حتى يعمل ،

---

(١) وذلك لفوات الوصف المرغوب فيه ، أما الصانع فلا خيـــار له مطلقا ، لانه باع ما لم يره ، ولاخيار البائع . سليم رستم اللبنانى ، شرح مجلة الاحكام العدلية ، ص ٢٢١ .

لأن الأجرة لا تستحق بالعقد (١) ، وانما بالعمل الذى يؤديه ، وهذا مذهب الحنفية ، ولا يضمن الأجير عندهم ، سواء كان أجيرا خاصا أو أجيرا عاما ، لأن المــال امانه فى يده ، فيده يد أمانه ، الا أن يتعدى أو يفرط فيما كلف به من عمل ، لأن هذا من فعل نفسه ، وهو مستوجب الضمــان •

وعند المــالكية ، لا يضمن الأجير الخاص ، وهو الذى لم ينتصب للناس • ويضمن الأجير المشترك ، سواء عمل بأجر أو بغير أجر ، وهو رأى عمر وعلى ، تحقيقا لمصلحة الناس ، وسدا للذريعة (٢) •

ويذهب الشافعية الى أن الأجير الخاص أو المنفرد ، هو من أجر نفسه مدة معينة لعمل لغيره ، لا يمكنه شرعا ، التزام مثله لآخر فى تلك المــدة ، فالأجير الخاص منافعه مختصه بالمستأجر فى المــدة المحددة ، وحكمه أنه لا يضمن • أما الأجير المشترك ، وهو من التزم عملا فى ذمته ، كالخياط والقصار وسمى مشتركا ، لأنه ان التزم العمل لجماعة فذاك ، وان التزم لواحد أمكنه أن يلتزم لآخر مثله فى تلك المــدة ، فكأنه مشترك بين الناس ، وحكمه أنه يضمن (٣) •

وفى مذهب الحنابلة ، الأجير الخاص : هو الذى يقع العقد عليه فى مدة معلومه ، يستحق المستأجر نفعه فى جميعها ، كرجل استؤجر لخدمة أو عمل فى بناء أو خياطة أو رعاية يوما أو شهرا ، سمى خاصا لاختصاص المستأجر بنفعه فى تلك المــدة دون سائر الناس •

والأجير المشترك ، الذى يقع العقد معه على عمل معين ، كخياطة ثوب وبناء حائط وحمل شىء الى مكان معين ، أو على عمل فى مــدة ، لا يستحق جميع نفعه فيها ، كالكحال والطبيب ، سمى مشتركا لأنــه يتقبل الاعمال لاثنين وثلاثة وأكثر فى وقت واحد ، ويعمل لهم ، فيشتركون

---

(١) الموصلى ، الاختيار ، جـ ٢ ، ص ٧٣ ، ٧٥

(٢) ابن رشد ، بداية المجتهد ، جـ ٢ ، ص ٢٣٢ •

(٣) الخطيب ، معنى المحتاج ، جـ ٢ ، ص ٣٥٢ •

فى منفعته ، واستحقاقها ، فسمى مشتركا لاشتراكهم فى منفعته : فالأجير المشترك هو الصانع الذى ذكره الخرقى ، وهو ضامن لما جنت يداه ، فالحائك اذا أفسد حياكته ضامن لما أفسد ، نص أحمد على هذه المسأله فى رواية ابن منصور ••• لما روى عن على أنه كان يضمن الصباغ والصواغ ، وقال لا يصلح الناس الا ذاك • وروى الشافعى فى مسنده باسناده عن على ، أنه كان يضمن الأجراء ، ويقول : لا يصلح الناس الا هذا » ولأن عمل الأجير المشترك مضمون عليه ، فما تولد منه ، يجب أن يكون مضمونا كالعدوان بقطع عضو ، بخلاف الأجير الخاص • والدليل على أن عمله مضمون عليه ، أنه لا يستحق العوض الا بالعمل ، وأن الثوب لو تلف فى حرزه بعد عمله لم يكن له أجر فيما عمل فيه ، وكان ذهاب عمله من ضمانه ، بخلاف الخاص ، فانه اذا أمكن المستأجر من استعماله ، استحق العوض بمضى المدة ، وان لم يعمل ، وما عمل فيه من شىء ، فتلف من حرزه ، لم يسقط أجره بتلفه ، ولا ضمان على الأجير الخاص ما لم يتعد (١) •

وبالاطلاع على هذه المذاهب الفقهية نجد أن جمهور الفقهاء يرى بضمان الأجير المشترك ، لأنه يحقق المصلحة ، ويدرأ المفسدة عن الناس ، ويعمل على رعاية الحقوق ، وعدم التفريط فيها ، خاصة وأن تضمين الصناع مروى عن بعض كبار الصحابه كعمر وعلى بن أبى طالب • ويخالف الحنفيه فى ذلك ويرون أن الأجير المشترك لا يضمن •

أما عن ضمان الأجير الخاص ، فانه لا يضمن عند الفقهاء، لان يده يد أمانه ، ويد الامانة تنافى الضمان ، ما لم يتعد أو يفرط ، فيضمن ، فالقاعدة الفقهية ، أن الأجير الخاص لا يضمن •

ومن ناحية الالتزام الذى يلتزم به الأجير سواء كان خاصا أم مشتركا ، فهو التزام بأداء عمل معين ، وعليه أن ينفذ التزامه المتفق

---

(١) ابن قدامة ، المغنى ، جـ ٥ ، ص ٥٢٤ ، ٥٢٥ ، ٥٢٧ .

عليه ، أو المنصوص عليه فى العقد ، ويلاحظ فى هذا الصدد ، أن الالتزام بأداء العمل أوضح فى الأجير ، عنه فى الصانع ، بالنسبة لعقد الاستصناع ، اذ لا ينازع الفقه فى طبيعة الالتزام المكلف به الأجير فى اجارة الاشخاص من حيث أنه التزام بعمل ، بينما رأينا فى الفقه الحنفى ، أنه يـكيف التزام الصانع فى عقد الاستصناع ، بأنه التزام يقع على العين ، لا على عمل الصـانع ، والأصح كما يذهب بعض الفقه الحنفى ، أن التزام الصانع ، هو التزام بأداء عمل ، فالتحقيق أن التزام الصانع بالعمـل هو المناط فى التعاقد ، وان شخصية الصانع محل اعتبار لدى المستصنع •

وقد نصت م ٥٨٦ من مرشد الحيران على أنه : يجوز اجارة الأدمى للخدمه أو لغيرها من أنواع العمل ، مع بيان المـدة ، أو تعيين قدر العمل وكيفيتـه[١] •

الخامس : ضمان التوثيق :

وهو الضمان المقصود به تقوية الالتزام وتوثيقه ، ومحله عقـد الكفالة ، واطلاق العقد على الكفاله من باب التجوز ، فهى من باب العهد ، لأن الالتزام فيها يتم بايجاب الكفيل فهى كالنذر ، من حيث وجودها بالارادة المنفرده •

وقد شرعت الكفالة ، لتوثيق الالتزام وتقويته ، لذا فان من معانيها الضمان ، وهى التزام المطالبة بما على الأصيل شرعا •

وبالنظر الى الالتزام المكفول به ، المضمون على الأصيل ، امـا أن يكون التزاما بدين أو التزاما ، بعين ، أو التزاما بنفس ، أو التزاما

---

(١) تناولت المواد من ٥٨٧ — ٦٠١ معنى الاجير الخـاص والاجير المشرك ، والتزامات كل منهما مأخوذة من الفقة الحنفى . وقد نصت م ٦٠٢ على أنه : يجوز استئجار الصـانع أو المقـاول لعمل بناء مع تعيين اجرته فى كل يوم بدون مقدار العمل ، او مع تعيين اجره كل دراع او متر يعمله ، او بالمقاولة على العمل كله مع بيان مقدار العمل طولا وعرضا وعمقا وفى هذه المواد يظهر بوضوح الالتزام بالعمل الذى يلتزم به الاجير •

بفعل ليس بدين ولا عين ولا نفس • فالكفالة بالدين ، فيها يضمن الكفيل الدين الذى يلتزم به الأصيل ، وهى كفالة صحيحة ، لأن الدين مضمون على الأصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل •

وهناك ضمان الدرك ، وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع فاذا استحق المبيع ، يخاصم المشترى البائع أولا ، فاذا قضى عليه بالثمن ، يكون قضاء على الكفيل ، وله أن يأخذ من أيهما شاء •

والكفالة بالعين ، هى الكفاله بعين مضمونه بنفسها كالمغصوب ، والمقبوض بالبيع الفاسد ، والمقبوض على سوم الشراء ، فيلتزم الأصيل — المدين — والكفيل برد العين اذا كانت قائمة ، ورد المثل أو القيمة اذا كانت هالكة • فالكفيل يضمن العين أو بدلها ، كما يضمنها المدين •

والكفالة بالنفس ، هى الكفالة باحضار النفس ، بأن يكفل بنفس من عليه الحق • ويلتزم الكفيل بتسليم النفس بثبوت ولاية المطالبة والنفس فى حق وجوب التسليم لا تتجزأ •

والكفالة بالفعل ، يقصد بها فعل التسليم ، أو الكفالة بالتسليم فى الجمله ، فتجوز الكفالة بتسليم المبيع والرهن ، لأن المبيع مضمون التسليم على البائع ، والرهن مضمون التسليم على المرتهن فى الجمله بعد قضاء الدين فكان المكفول به مضمونا على الأصيل ، وهو فعل التسليم ، فصحت الكفالة به(١) وهذا ما يذهب اليه فقهاء الحنفية •

وفى مذهب مالك ، يلتزم الكفيل بالدين أو العين ، أو النفس • وقد جاء فى المدونة ، أنه اذا تحمل الرجل بالرجل أو بالحق أو بعينه ، فالحمالة لازمة كالدين ، وذلك كله سواء ، الا أنه اذا تحمل بالرجل أو بالعين ولم يقل بالمال ، فجاء بالرجل فقد برىء من جميع حمالته ، وان لم يأت به ، أغرم الحميل ، كما يغرم من تحمل بالمال ، فالحمالة بنفس الرجل وبالمال سواء (٢) •

---

(١) الكاسانى ، بدائع الصنائع ، جـ ٦ ، ص ٧ .
(٢) الامام مالك بن أنس ، المدونة الكبرى ، جـ ٤ ، ص ١٢٩ .

ويبدو من هذا أن الكفالة تنقسم الى قسمين رئيسيين فى المذهب المالكى ، كفالة باحضار النفس ، وهى كفالة أصلية ، ويلتزم فيها الكفيل باحضار الرجل ، ولاتبرأ ذمته بدون أدائه لما التزم به • وبجانب الكفالة بالنفس هناك الكفالة بالمال ، وهى كفالة بالحق ، وهذا الحق دينا ، وقد يكون عينا ، والالتزام بالدين ، هو التزام واجب فى الذمة ، والالتزام بالعين هو التزام واقع على عين بذاتها ، وهذا من باب الكفالة التبعية ، لأن التزام الكفيل فيها تابع لالتزام بدين أو بعين ، فهو ليس التزاما أصليا • والكفالة بالدين واضحة فى نصوص المذهب ، ويلتزم فيها الكفيل بأداء الدين المكفول به •

وفى المذهب الشافعى ، تنقسم الكفالة الى كفالة بالدين ، وكفالة بالمال ، وكفالة بالنفس • ويلتزم الكفيل بما تكفل فيها ، فاذا تكفل بدين لم تبرأ ذمته الا بأداء الدين • واذا تكفل بمال لزمه ، كما اذا اشترى رجل من رجل دارا ، فضمن له رجل عهدتها أو خلاصها ، فاستحقت الدار ورجع المشترى بالثمن على الضامن ، ان شاء ، لأنه ضمن له خلاصها ، والخلاص مال يسلم • واذا تكفل بالنفس ، لم يبرأ الا باحضار النفس ، فاذا أخذ الرجل من الرجل كفيلا بنفسه ، ثم أخذ منه كفيلا آخر بنفسه ، ولم يبرأ الأول ، فكلاهما كفيل بنفسه (١) •

وبيان المذهب للكفالة ، يظهر نوع المكفول به ، من حيث أن الالتزام فيه اما بدين أو بمال أو بنفس • ويقابل بين الالتزام بالدين والالتزام بالنفس ، اذ ان كلا منهما قائم بذاته ، ومتميز فى مواجهة الآخر ، بينما الكفالة بالمال ليست على هذه الدرجة من التميز فى مقابلة الكفالة بالدين• كما أنه من الجلى أن الكفالة بالنفس الالتزام فيها أصلى ، والكفالة بالدين وكذا المال ، الالتزام فيها تبعى •

والكفالة فى المذهب الحنبلى تصح بالنفس ، ويجوز أن يتكفل ببدن المدين الواحد اثنان ، والكفالة هنا محلها النفس لا الذمة ولا العين ، وتتضح

---

(١) الامام الشافعى ، الام ، ج ٣ ، ص ٢٠٥ •

الكفالة بالدين ، فلو قال : ضمنت لك هذا الدين ، على أن تأخذ ما ضمنته من مالى هذا ، صح ذلك ، ويكون متعلقا بالمال الذى عينه ، بل ان الكفالة تصح بالدين المجهول ، لأنه التزام حق فى الذمة من غير معاوضة • ويصح فى المذهب ضمان الاعيان المضمونة ، كالغصوب والعوارى ، والمقبوض على وجه السوم من بيع واجارة ، لأنها مضمونة على من هى فى يده، كالحقوق الثابتة فى الذمة ، وضمانها فى الحقيقة ضمان استنقاذها وردها أو قيمتها عند تلفها (١) • كما تصح الكفالة بالتسليم •

يتوسع المذهب الحنبلى ، فى ضمان التوثيقات ، من حيث طبيعة الحق أو الالتزام المكفول به ، فالمكفول به يصح أن يكون نفسا أو دينا أو عينا أو الالتزام بالتسليم ، كما فى ضمان العهدة ، بأن يضمن الثمن الواجب تسليمه ، أو يضمن الثمن ان ظهر به عيب ، أو استحق • كما يظهر التوسع فى مدى ومفهوم الضمان ، اذ يندرج تحت مفهوم الضمان فى الكفالة ، صور لا تجيزها المذاهب الأخرى ، وهو ما يشهد للمذهب بالتطور فى الأحكام عن مثيله من المذاهب ، بما فيها المذهب الحنفى ، رغم تميز الأخير بالمنهجية فى التقسيم ، وبيان محل الالتزام المكفول به

ويضيق المذهب الظاهرى ، من ضمان التوثيق ، فلا يجيز ضمان النفس ، لأنه شرط ليس فى كتاب الله تعالى ، فهو باطل ، ولأنه تكليف بما فيه حرج ، ويجيز ضمان الدين والحق ، يقول ابن حزم (٢) فمن كان له على آخر حق مال من بيع أو من غير بيع من أى وجه كان حالا أو الى أجل ، سواء كان الذى عليه الحق أو ميتا ، فضمن له ذلك الحق انسان، لاشىء عليه للمضمون عنه • بطيب نفسه ، وطيب نفس الذى له الحق ، فقد سقط ذلك الحق عن الذى كان عليه ، وانتقل الى الضامن ، ولزمه بكل حال • وعلى ذلك ، فان ضمان التوثيق بالمعنى الذى قال به الفقهاء الأربعة ، لا يسلم المذهب الظاهرى به ، ولا ينحو منحاه •

---

(١) البهوتى ، كشاف القناع ، جـ ٣ ، ص ٣٧٠ .
(٢) ابن حزم ، المحلى ، جـ ٨ ، ص ١١١ .

وتصح الكفالة عند الشيعة الزيدية بالنفس ، مثل أن يقول رجل لآخر ، تكفلت لك بهذا الرجل الذى تدعى عليه حقا ، فمتى طالبتنى برده اليك رددته ، والدليل عليه قوله تعالى : فخذ أحدنا مكانه •

وتجوز الكفالة بالمال ، ومحل الالتزام فيها ، اما ان يكون عينا مضمونة، فاذا ضمن العين المضمونة ، لزمه تسليمها ، والواجب تسليم ذات العين لا القيمة ، ما لم يوجد شرط بغير ذلك ، كأن يشترط تسليم القيمة اذا تعذر تسليم العين • وقد يكون محل الالتزام فيها دينا (١) ، تنشغل به ذمة الضامن • فثبت من ذلك أن الكفالة بأقسامها الثلاثة ، الكفالة بالنفس ، والكفالة بالدين ، والكفالة بالعين جائزة عند الشيعة الزيدية ، وهذا النظر الذى يقول به الشيعة الزيدية ، أقرب الى فقه الحنفية •

وعند الاباضية تجوز الكفالة فى الديون مطلقا ، فيلتزم الكفيل بأداء الدين مطلقا عاجلا أو آجلا ، وسواء كان مصدره البيع أو غيره كالارث والدية والصداق ، والقاعدة : أن كل ما ثبت فى الذمة بحكم الشرع ، فانه تصح فيه الكفالة • والكفالة بالنفس ، وهى أن يتحمل لصاحب الحق ، بأن يحضر له من عليه الحق ، فيها قولان ، قول يذهب الى صحتها ، لأن حضور الذى عليه الحق ، حق لمن له الحق ، ولأنه من باب الأمر المعروف ، والنهى عن المنكر • وثمة قول يذهب الى بطلانها ، لأن الكفالة بالنفس أشبه بتملك الحر ، ومؤداه الاهانة ، فيتنافى مع التكريم اللائق به •

ولاتصح الكفالة فى المعين من المغصوبات والمسروقات ، لأن المعين لا تقبله الذمة ، كما لا تصح الكفالة بالدرك عند استحقاق المبيع ، بأن يشترى الانسان شيئا ، فيخاف أن يكون لغير بائعه ، فيتكفل له آخر ، بأن يعطيه مثله أو قيمته ، ان خرج أنه لغير بائعه (٢) ، يعنى ان استحق لشخص آخر •

---

(١) ابن مفتاح ، شرح الازهار ، جـ ٤ ، ص ٢٦٢ .
(٢) أطفيش ، شرح كتاب النيل ، جـ ٩ ، ص ١٢٥ ، ١٢٦ .

ويبين من ذلك ، أن المذهب الاباضى ، يضيق من ضمان التوثيقات فهو يجيز الكفالة فى الدين ، ولايجيزها فى العين ، ويتردد فى الرأى بين اجازة الكفالة بالنفس وعدم اجازتها • وهو على أية حال يفرق بين الكفالة بالدين والكفالة بالعين ، والكفالة بالنفس ، وان كان يقف موقفا معينا منها ، يختلف به عن فقه المذاهب السنية الأربعة ، ومذهب الشيعة الزيدية •

وقد قننت م ٨٢٢ وما بعدها من مرشد الحيران ، موقف الفقه الحنفى، فنصت فى م ٨٢٢ : الكفالة هى ضم ذمة الكفيل الى ذمة الأصيل فى المطالبة بنفس أو دين أو عين •

وفيما يتعلق بما تصح فيه الكفالة ، نصت م ٨٢٥ على أنه : يشترط لصحة الكفالة ، أن يكون المكفول به مضمونا على الأصيل ، دينا أو عينا أو نفسا معلومة ، وأن يكون مقدور التسليم من الكفيل (١) • وهذه المادة وغيرها من المواد الأخرى ، تقنين للمذهب الحنفى ، فى ضمان التوثيقات•

المبحث الثانى

أساس تقسيم الالتزامات الى دين وعين

يرد التصرف القانونى المنشىء للالتزام على الدين والعين ، اذ هو محل الضمان ، وقد نهج فقهاء الشريعة ، على تأسيس التصرف القانونى المنشىء للالتزام على الدين أو العين وطبقا لهذا النظر نريد أن نبين الأساس الذى بنى عليه التمييز بين الدين والعين ، وهما المحل الذى يقع عليه الضمان •

والمتأمل فى مصادر الضمان فى العقد ، والتى منشؤها التصرف القانونى ، يجد أن محل الضمان فى كل الحالات ، هو الدين أو العين ، فاذا كان محل الالتزام دينا ، فانه يتعلق بالذمة ، واذا كان محله التزاما بنقل حق عينى أو بتسليم عين من الأعيان ، فانه يتعلق بالعين ، واذا كان

---

(١) انظر المواد من ٨٢٢ — ٨٥٨ •

محل الالتزام أداء عمل أو خدمة معينة ، فانه يتعلق بالعين ، واذا كان المحل التوثيق ، فانه قد يتعلق بالدين ، وقد يتعلق بالعين •

ونظرا لأن الالتزام الوارد على العين ، قد يتحول لسبب ما من التزام بالعين الى التزام بالدين (١) ، فيكون دينا متعلقا بالذمة ، ونظرا لأن مناط التفرقة بين الدين والعين ، هو الذمة ، حيث انها المعيار الذى يتم وفقا له توصيف الالتزام بالدين أو العين ، فان الأمر يتطلب ، بيان مصدر التوصيف ، وتحديد مدلوله الفقهى •

المدلول الشرعى للذمة :

تطلق الذمة فى اللغة على العهد والكفالة ، وفى هذا المعنى جاء قوله تعالى : «لايرقبون فى مؤمن الا ولاذمة» أى عهدا ولاحلفا • والذمة فى المعنى الأصولى : قبول الانسان شرعا للالتزام واللزوم ، أو هى على ما قال القرافى : معنى شرعى مقدر فى المكلف ، مقابل للالتزام واللزوم ، وهذا المعنى جعله الشرع مسببا على أشياء خاصة ، منها البلوغ ومنها الرشد ، فمن بلغ سفيها لا ذمة له ، ومنها ترك الحجر ، كما فى المفلس ، فمن اجتمعت له هذه الشروط رتب الشرع عليها تقدير معنى فيه ، يقبل الزامه ، ارث الجنايات ، وأجر الاجارات ، وأثمان المعاملات ، ونحو ذلك من التصرفات ، ويقبل التزامه اذا التزم أشــياء اختيــارا من قبل نفسه لزمه (١) لكونه أهلا للالتزام •

والانسان منذ نشأته يتمتع بالذمة ، الا أنها ذمة متدرجة تتناسب مع سنى عمره ، وحالته العقلية • فالجنين الذى تخلق فى بطن أمه له بعض

---

(١) كما هو الشأن فى الالتزام بنقل حق عينى أو تسليم العين ، فقد يتحول الى الالتزام بدفع قيمة العين ، عند وجوب الضمان فيصير دينا . وفى الالتزام بالعمل ، قد يتحول الالتزام عند تنفيذه ، الى نفقة على المدين ، وفى الالتزام بالتوثيق ، اذا كانت الكفالة بعين ، قد تتحول الى دين بتحول الالتزام المكفول به ، وهكذا .

(٢) القرافى ، الفروق ، وبهامشه تهذيب الفروق والقواعد السنيه ، جـ ٣ ص ٢٣٠ ، ٢٣١ .

ذمة تؤهله لاكتساب بعض الحقوق ، كالميراث والوصية والوقف ، وعند ولادته واستقباله الحياة ، يتمتع بذمة قاصرة ، تجعله أهلا لاكتساب الحقوق دون التحمل بالالتزامات ، وعند بلوغه واكتمال أهليته ، يتمتع بالذمة الكاملة ، وهى صلاحية الانسان لاكتساب الحقوق ، والتحمل بالالتزامات •

فالأهلية التى تكون للشخص المميز ، وهى التى تسمى بأهلية الأداء نوعان : قاصرة تتبنى على القدرة القاصرة من العقل القاصر والبدن الناقص ، فان الأداء يتعلق بقدرتين ، قدرة فهم الخطاب ، وهى بالعقل ، وقدرة العمل به ، وهى بالبدن • فالانسان فى أول أحواله عديم القدرتين ، ولكن له استعدادهما فتحصلان له شيئا فشيئا ، الى أن يبلغ كالصبى العاقل ، فان بدنه قاصر ، وان كان عقله يحتمل الكمال ، والمعتوه البالغ ، فان عقله قاصر ، وان كان بدنه كاملا ، وتبتنى على الأهلية القاصرة ، صحة الأداء ، على معنى أنه لو أدى يكون صحيحا ، وان لم يجب عليه • وأهلية كاملة ، ومبناها القدرة الكاملة من العقل الكامل ، والبدن الكامل ، ويبتنى عليها وجوب الأداء وتوجه الخطاب (١) • فكان صالحا للمسئولية ، وأهلا للالتزام •

والأحكام المتعلقة بالمسئولية عن ضمان الدين والعين ، مبناها الأهلية القاصرة ، لأن ضمان الأموال ، العمد فيها كالخطأ ، فى الالتزام ، والمال قد يكون دينا أو عينا ، فما هو المعيار المميز بينهما ؟

الذمة هى المعيار المميز بين الدين والعين :

ان تعلق العقود ، التى يدور عليها التعامل بين الناس ، اما أن يكون دينا وجب فى ذمة الملتزم ، واما أن يكون عينا من الأعيان ، منقولا كان أو عقارا ، واقعا على العين ذاتها ، أم على منفعتها ، مطلوب به أداء عمل معين ، أم خدمة معينة ، مقصودا منه الحفظ أو الاستهلاك ، فان موضوع

---

(١) النسفى . كشف الأسرار مع شرح نور الأنوار ، جـ ٢ ، ص ٤٦٦ .

العقد فى هذه المعاملات ، اما الدين واما العين ، والمعيار المميز لكل منهما عن الآخر ، هو الذمة •

وهذا واضح فى عبارات الفقهاء ، فعندما عرفوا الدين قالوا انه عباره عن مال حكمى يحدث فى الذمة ، ببيع أو استهلاك أو غيرهما (١) • ومن قولهم فى ابراز هذا المعنى : اذا وفت التركة بحقوق الله ، وحقوق الآدميين ، قضيت جميعا ، وان لم تف ، وتعلق بعضها بالعين ، وبعضها بالذمة ، قدم المتعلق بالعين ، سواء اجتمع النوعان ، أو انفرد أحدهما • وان اجتمعا ، وتعلق الجميع بالعين أو الذمة ، فهل يقدم حق الله تعالى ، أو الآدمى ، أو يستويان ؟ فيه أقوال ، أظهرها الأول (٢) •

ان المقابلة بين الدين والعين واضحة ، تتجلى فى جعل كل منهما قسما متعينا بذاته ، متميزا عن الآخر ، وهذا التميز مناطه تعليق الدين بالذمة ، فالالتزام فيه محله الذمة ، اذ يرد الدين على النقود أو الأشياء المثلية وهى لا تتعين بالتعيين ، لذلك وجب فيها القبض ، فهو الوسيلة فى التعيين ، بالنسبة لما يثبت فى الذمة ، وهو متحقق فى الصرف والربا ، ورأس مال السلم ، فالتقابض فيها واجب حالا وعلى الفور ، وكذا فيما يكون مؤجلا كالقرض ، فانه يثبت فى الذمة ، لعدم تعينه ، ويتعين بالقبض ، لأن الواجب فيه رد مثله أو بدله (٣) فيكون محله الذمة ، لأن الالتزام فيه لا يرد على شىء معين بذاته •

ويترتب على ذلك ، أن شخصية المدين هى محل الاعتبار فى الالتزامات التى محلها الذمة ، لأن لا يمكن الوفاء الا عن طريقة ، ولا يتحقق الضمان الا بأداء مثل الحق أو بدله ، فينفذ ما وجب فى العقد ، وهذا ظاهر فى

---

(١) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ٣٥٤ .

(٢) السيوطى ، الأشباه والنظائر ، ص ٣٦٢ .

(٣) القرض عقد تنتقل بمقتضاه ملكية مبلغ من النقود او اى شىء مثلى آخر ، على أن يرد المقترض عند نهاية القرض شيئا مثله فى مقداره ونوعه وصفته . مشروع قانون المعاملات المدنية طبقا لأحكام الشريعة الاسلامية ، م ٥٣٤ .

القرض وفى الثمن فى البيع ، والأجرة فى الاجارة ، فانه ينبىء عن التلازم بين الذمة والشخص ، اذ أن لكل شخص ذمة مالية ، تكون محلا للالزام والالتزام ، واليها تتوجه المطالبة بالحقوق والالتزامات ، ويكون بها الشخص مسئولا عن التزاماته التعاقدية ، ومتمتعا بالأهلية الشرعية ، ولذلك كان حريا تضمين الشخص ، وتحميله بآثار تصرفاته القانونية ، ولا يعفى من ذلك الا بالابراء أو التنازل من جانب صاحب الحق .

هذا بالنسبة للدين ، أما بالنسبة للعين ، فهو على العكس من الدين ، ليس محل الالتزام فيه الذمة ، لأن الحق فيها يقع على شىء معين بالذات ، معلوم للعاقد علما نافيا للجهالة ، فكانت العلاقة فيه علاقة مباشرة بين الشخص والعين ، اذ لا يوجد حائل يحول دون مباشرة الشخص لسلطته على العين ، فوجب أن يكون متعلق الحق فيه ، هو العين لا الذمة. وبذلك يكون المعيار المميز بينهما هو وجود الذمة فى الدين ، وانتفائها فى العين ، فيدور حولها نوع الالتزام وجودا وعدما ، ويضحى وجودها أو عدم وجودها ، هو الأساس فى التقسيم محل الالتزام الى دين وعين .

النتائج المترتبة على تقسيم الالتزام الى دين وعين :

ويترتب على ذلك ، أن الضمان فى العين ، هو ضمان حال ومباشر لا يخضع لتأجيل ، ولا تجرى فيه الوساطة فى علاقة المدين بالدائن ، كما هو الشأن فى الضمان فى الدين ، اذ تكون العين هى محل الاعتبار ، كما أن الضمان العينى ، هو ضمان أكثر وضوحا وتحديدا منه فى الدين وأكثر سهولة فى الاقتضاء والتنفيذ ، ولعل هذا يبرز بوضوح فى الالتزام بأداء عمل ، أو تسليم العين ، اذ لا يبرأ المدين من ضمانه ، الا بأداء التزامه ، ولاسبيل للقول بابراء الدائن له من تنفيذ التزامه ، على نحو ما يحدث فى الدين . فاذا حدث تعارض ما بين الالتزام بالدين والالتزام بالعين ، ووجب تقديم أحدهما على الآخر ، فانه يقدم أداء الالتزام بالعين، على أداء الالتزام بالدين ، لأنه حق متعين ، أما الالتزام فى الدين ، فغير متعين ، اذ كما قلنا ، فانه ثابت فى الذمة ، وهى وصف جامع لصلاحية

الشخص للالزام والالتزام ، ليس فى الحقوق المالية فقط ، ولا فى أمور المعاملات جميعها ، وانما فى أمور العبادات أيضا ، وهو ما يؤيد القول بأن الالتزام بالعين مقدم على الالتزام بالدين .

وبالاضافة الى ذلك ، فان ثمة فرقا آخر ، هو أن الالتزام الثابت فى الذمة ، يخول للمدين مكنة التخير بين الأمثال فيه ، فلا يلتزم بأداء مثل بعينه منها ، وانما له أن يعطى أى مثل شاء ، أما الالتزام المتعلق بالعين فانه يلزم المدين ، بأداء عين الالتزام ، ولا يجوز له الاختيار أو الانتقال الى عين أخرى . وهذا الفرق ناتج عن فرق آخر ، وهـو أن الالتزام العينى ينفسخ العقد فيه وينقضى الالتـزام ، اذا هلكت العـين ، أو استحقت ، بينما الالتزام فى الذمة ، لا ينفسخ العقد فيه ، ولا ينقضى الالتزام ، بالهلاك أو بالاستحقاق ، لأن الالتزام فيه ينتقل الى المثـل أو البديل عنه(١) . فلزم عدم الانفساخ بعكس الأول ، الذى يتحتم انفساخه ، لعدم الاستبدال أو الانتقال الى — عين أخرى فيه .

تبقى النتيجة الأخيرة فى تقسـيم الواجبات المـالية ، الى دين وعين ، هى أن الالتزام بالدين ، لا يجب أداؤه بدون مطالبة المستحق ،

---

(١) يقول القرافى فى ذلك : اعلم ان المعينات المشخصات فى الخارج المرئية بالحسى ، لا تثبت فى الذمم ، ولذلك ان من اشترى سلعة معينـة فاستحقت انفسخ العقد ، ولورود العقد على ما فى الذمة كما فى السـلم فأعطاه ذلك وعينـه ، فظهـر ذلك المعين مستحقـا رجع الى غـيره ، لأنه تبين أن ما فى الذمه لم يخرج منها ... ويظهر اثر ذلك فى قاعدة أخرى ، فان المطلوب متى كان فى الذمة ، فان لمن هو عليه أن يتميز بين الأمثال ، ويعطى اى مثل شاء . ولو عقد على معين من تلك الأمثال ، لم يكن له الانتقال عنه الى غيره ، فلو اكتال رطل زيت من خابية وعقد عليه ، لم يكن له أن يعطى غيره من الخابية ، وكذلك اذا فرق صبرته صيعانا ، فعقد على صاع منها بعينه ، لم يكن له الانتقال عنه الى غيره من تلك الأمثال ، ولو كان فى الذمة لكان له الخروج عنه بأى مثل يشاء من تلك الأمثال ، فهذا يوضـح لك أن المعينات لا تثبت فى الذمم وأن ما فى الذمم لا يكون معينا ، بل يتعلق الحكم فيه بالأمور الكلية والأجناس المشتركة ، فيقبل ما لا يتعين منهـا البدل ، والمعين لا يقبل البدل ، والجمع بينهما محال ، وهذا الفرق بين هاتين القاعدتين ، يظهر اثره فى المعاملات والصلوات والزكوات. الفروق ، جـ ٢ ، ص ١٣٣ ، ١٣٤ .

ما لم يكن قد عين وقتا محددا للوفاء بالدين ، لأنـــه لا فائده للتوقيت الا وجوب الأداء فيه دون مطالبة •

وفيما يتعلق بالمطالبة فى الالتزام بعين ، فانه يفرق بين ما اذا كان العقد من عقود الأمانة ، أم من عقود الضمان • فاذا كان من عقـــود الأمانة ، التى حصلت فى يد المؤتمن برضا صاحبها ، فيجب المطـــالبة بالأداء فيها ، كما فى عقود الوديعة والشركة والمضاربة والوكاله • وقد تكون عقود الأمانة حاصلة فى يده بدون رضا صاحبها ، فيجب ردهـــا دون مطالبة عند العلم بالمستحق لها والتمكن منه ، ولا يجوز التأخير مع القدرة على الأداء ومن هذه العقود اللقطه والوديعة والمضـــاربة والرهن •

واذا كان الالتزام بالعين ، واردا على عقد من عقـــود الضمان ، فلا تحتاج الى مطالبة ، ويجب المبادرة الى الرد بكل حال ، ســـواء كان حصولها فى يده بفعل مباح أو محظور أو بغير فعله • فالحاصـــلة بفعل مباح العارية ، يجب ردها اذا استوفى منها الغرض المستعار له • والحاصلة بفعل محظور المغصوب والمقبوض بعقد فاسد ونحوهما • والحاصلة بغير فعل منه الزكاة ، اذا قلنا تجب فى العين ، فتجب المبادرة الى الدفع الى المستحق ، مع القدرة عليه من غير ضرر ، لانها من قبيل المضمونـــات(١) •

ان هذه النتائج المتعلقة بالتفرقة بين الالتزام بالدين والعـــين ، تكشف عن حقيقة جليه ، وهى أن الالتزام الذى محله الذمة ، يقع على المـــال الذى لا يثبت الا فى الذمة ، مثل الثمن فى المعاملات ، والأجره فى الاجارات ، والصرف ، والصداق فى النكاح ، والدين فى الحوالة ،

---

(١) ابن رجب ، القواعد ، ص ٥٣ ، ٥٤ .

وما على شاكلتها من الأمثال ، كالضمان فى الغصب ، وهو ما يؤدى الى القول فى عبارة جامعة نص عليها مرشد الحيران بقوله : الدين ما وجب فى ذمة المديون بعقد استهلاك مال أو ضمان غصب • م ١٦٨ • فانهـا تعم كل ما يجب فى الذمة ، ويصدق عليه هذا الوصف • ومن وجه آخر ، فانه يكشف عن أن الالتزام الذى محله عين من الأعيان ، يقع على مال له وجود محسوس فى الواقع ، لا يصلح أن يثبت فى الذمة ، مثل العين فى الوديعة ، والعارية ، واللقطة ، والمبيع والشركه والهبة والرهن وغيرها ، مما يقع الالتزام فيه على شىء محدد بالذات •

الباب الثاني

مقومات الضمـــان

والأحـــكام المتعلقة بـــه

الفصل الأول

مقومات الضمان أو المسئولية العقــدية

تمهيد :

يفرض العقد التزامات متقابلة ، على عاتق طرفيه ، تختلف هــذه الالتزامات من عقد لآخر ، فاذا نشأ العقد صحيحا نافذا لازما ، وجب على كل من طرفيه الوفاء بما التزم به ، وأساس الالتزام هنا ، القوة الملزمة للعقد ، كما دلت عليها النصوص فى فقه الشرع والقانون •

فالنصوص فى الشرع لا حصر لها ، ذكرنا طرفا منها ، نسوق منها الأكثر دلالة فى هذا المجال ، قال تعالى : يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود وقوله عز شأنه : « وأوفوا بالعهد ، ان العهد كان مسئولا » الاسراء/٣٤ وقوله سبحانه : والموفون بعهدهم اذا عاهدوا « البقرة / ١٧٧ » فهذه النصوص بفحواها ومضمونها ، تلزم العاقد أن يوفى بالتزامه ، وتطالب المدين بأداء دينه ، وتوجب على العامل أن يؤدى عمله الذى اتفق أو نص على أدائه ، وفى عبارة أخرى ، فانها تفرض على كل صاحب التزام، أن يقوم بالتزامه من تلقاء نفسه ، اذ بهذا تؤدى الحقوق ، وتستقيم المعاملات • فكل نص منها ، يفرض التزاما دينيا وتشريعيا فى ذات الوقت، وهو أعلى درجات الالزام ، اذ أنه التزام مناطة الضمير والوازع الدينى، وهو كذلك التزام قاعدى ، يحاسب عليه الملتزم قانونا ، وهو ما نعنى به ضمان العقد فى اصطلاح الفقه أو المسئولية العقدية ، فى الاصطلاح القانونى •

النصوص المثبتة للمسئولية فى القانون :

ان اضفاء القوة الملزمة على العقد ، ووجوب تنفيذه ، مما لاتختلف فيه النظم والشرائع ، ومساءلة العاقد عن تنفيذ التزاماته التعاقدية ، أمر مقرر تحفل به النصوص ، على ذلك تدل نصوص القانون المدنى ، وها هى م ١٤٧/١ تنص على أن العقد شريعة المتعاقدين » وم ١٤٨/١ تقول: يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع مايوجبه حسن النية وجاء فى م ١٩٩/١ : ينفذ الالتزام جبرا على المدين » وبمقتضى هذه النصوص تتقرر المسئولية القانونية للعاقد عن تنفيذ التزاماته ، وللدائن فى القاعدة العامة ، أن يقتضى من المدين تنفيذ التزامه عينا ، أو فى عبارة أخرى ، على النحو المتفق عليه بينهما فى العقد ، وأن يجبره مستعينا بالسلطة العامة ، على هذا التنفيذ ان لم يقم اختيارا به [1]٠

على أن الفقه القانونى يضع خطا فاصلا ، بين التنفيذ العينى للالتزام ، وبين المسئولية العقدية ، ويجعل كل منهما مرحلة مستقلة بذاتها عن الأخرى ، فلا يدمج احداهما فى الأخرى ، فالتنفيذ العينى هو المرحلة الأولى ، أو الأثر الأول من آثار الالتزام ، ألزم القانون العاقد أن يقوم به ، اذ تنص م٢٠٣ على أنه : يجبر المدين بعد اعذاره طبقا للمادتين ٢١٩ ، ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا ، متى كان ممكنا » وتؤكد ذلك م ١٩٩ بقولها : ينفذ الالتزام جبرا على المدين ٠٠ فهذا اثبات لوجوب تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا ، وللدائن أن يستعين فى تنفيذه بالقوة الجبرية للسلطة العامة ، فهذا هو التنفيذ العينى ، ولازلنا فى اطار الأثر الأول للالتزام ، وفى نطاق المرحلة الأولى المتعلقة بالتنفيذ العينى ٠

أما اذا لم يمكن التنفيذ العينى — أو أمكن ولكن الدائن طلب التعويض ، ولم يبد المدين استعداده للتنفيذ العينى — ففى هذه الحالة لا يسع القاضى ، الا أن يحكم بالتعويض ، اذا توافرت شروطه ، جزاء

---

(١) د٠ محمود جمال زكى ، الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات ، ص ٣٢٧ ٠

تنفيذ الالتزام ، وهنا تقوم المسئولية العقدية ، فالدائن يطالب المدين بالتعويض ، فعلى القاضى أن يبحث هل المدين مسئول حقا ، عن عدم تنفيذ التزامه العقدى (١) • وهذا ما تقرره م ٢١٥ بقولها : اذا استحال على المدين ، ان ينفذ الالتزام عينا ، حكم عليه بالتعويض ، لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يدله فيه ، ويكون الحكم كذلك ، اذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه •

ومؤدى ذلك أن المسئولية العقدية تنشأ عند عـدم تنفيـذ المدين لالتزامه تنفيذا عينيا ، بأن استحال عليه تنفيذ ذلك ، أو تأخر فى التنفيذ، فهنا يكون قد أخل بالتزامه العقدى ، ونكون بصدد ما يسمى بالمسئولية العقدية ، اذ أنها جزاء الاخلال بالالتزام العقدى •

الاختلاف بين معنى المسئولية العقدية والضمان :

ثمة مفارقة بين مصطلح المسئولية العقدية ، فى القانون المدنى ، والمصطلح المقابل له ، وهو الضمان العقدى فى الفقه الاسلامى ، وتظهر المفارقة فى أن اصطلاح المسئولية يعنى الجزاء المترتب على الاخلال بالوفاء بالالتزام ، أو التقاعس فيه ، أو تنفيذه على غير الوجه المتفق عليه •

أما اصطلاح الضمان فى الفقه الاسلامى ، فانه يعنى التزام المدين بالوفاء بالواجب المقرر عليه ، دينا كان أم عينا ، أم عملا ، أم توثيقا ، فالضمان العقدى ينصب على الالتزامات العقدية ، الناشئة عن العقد ويهدف الى الوفاء بها ، بينما المسئولية العقدية ، أشبه بالعقوبة المالية ، التى يتحمل بها المدين ، لقعوده عن تنفيذ الالتزام ، وتراخيه فى أدائه • وبمعنى آخر ، فان مساءلة المدين عن التزامه فى الفقه الشرعى يتناول الالتزامات العقدية ذاتها وهو الأصل فى حين أن مساءلة المدين عن التزامه فى فقه القانون يتناول التعويض ، وهو البديل المالى عن الوفاء

---

(١) د. عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى ، مصادر الالتزام ، المجلد الأول ، العقد ، ص ٨٩٠ .

بالتزاماته العقدية ، وهو اختلاف يعكس الفرق بين النظرية الشرعية ، والنظرية القانونية فى ضمان الوفاء بالالتزامات العقدية ، الى جانب فروق أخرى سبق التنويه عنها .

فاذا صح هذا الفرق بين النظريتين ، وهو صحيح ، فكيف يساءل العاقد عند اخلاله بالوفاء بالتزاماته ، أو تقاعسه عن أدائها ؟ وما هى العناصر أو المقومات ، التى يكون بها قد نقض عهده ، وأخل بمقتضيات هذا ما نعالجه فى بحثنا لمقومات الضمان العقدى ، والوسائل التى ينبغى اتباعها لتصحيح الاخلال بذلك .

عناصر الضمان العقدى

ترتكز المسئولية العقدية ، فى القانون المدنى ، على ركائز معينة ، لا تقوم المسئولية بدونها ، هى الخطأ العقدى ، والضرر ، ورابطة السببية بين الخطأ والضرر . وهناك عناصر معينة يرتكز عليها الضمان العقدى ، فى الفقه الاسلامى .

العناصر المكونة للمسئولية العقدية :

أولا : الخطأ العقدى : يتمثل الخطأ العقدى ، فى عدم تنفيذ المدين، لالتزامه الناشىء عن العقد ، وتقصيره فيما كلف القيام به ، وهو ماتفرضه القاعدة المقررة فى م ١/١٤٧ : العقد شريعة المتعاقدين » وما تنص عليه م ١٧٨ من التقنين المدنى القديم بقولها : اذا صار الوفاء غير ممكن بتقصير المدين أو حدث عدم الامكان بعد تكليفه رسميا ، ألزم بالتضمينات .

وفى تحديد الخطأ العقدى ، ذهب بعض الفقه ، الى أنه يتحقق اذا لم يقم المدين فى العقد بالتزامه ، يستوى فى ذلك ، أن يكون عدم قيام

المدين بالالتزام ناشئا عن عمده ، أو عن اهماله ، أو عن فعله » أى دون عمد أو اهمال » بل الخطأ العقدى ، يتحقق حتى لو كان عدم قيام المدين بالالتزام ، ناشئا عن سبب أجنبى لا يدله فيه كالقوة القاهرة (١) • وذهب البعض الآخر ، الى أن عدم تنفيذ المدين لالتزامه ، يعتبر بذاته خطأ يقيم مسئوليته • فالخطأ فى المسئولية العقدية ، وفقا لهذا الرأى ، هو عدم تنفيذ الالتزام الناشىء عن العقد ، ولا يجدى ليتخلص المدين من هذه المسئولية ، الا نفى علاقة السببية بين الخطأ الذى توافر ضده ، والضرر الذى أصاب الدائن منه (٢) •

ونعتقد أن الرأى الأخير ، هو الأرجح ، لأنه اذا كان عدم تنفيذ المدين لالتزامه خطأ عقديا ، يستوجب المسئولية ، فان من الدقة بحث الأسباب التى من أجلها كان عدم التنفيذ ، واذا كان الاخلال بالالتزام يعد خطأ فى ذاته ، الا أن القرينة فيه بسيطة ، غير قاطعة ، لأن وحدة النتيجة انما يكون بين الأسباب المتعادلة ، أما الأسباب المختلفة غير المتساوية ، فوحده النتيجة فيها جميعا ، يتنافى مع العدالة ، فقد يكون عجز المدين عن التنفيذ مرده الى القوة القاهرة او الى خطأ الدائن ، أى الى سبب أجنبى لايد للمدين فيه ، فكيف يصح التعميم والقسوية بين كل هذه الأسباب •

وهذا الاتجاه أخذت به محكمة النقض ، اذ قضت بأن : مجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدى ، يعتبر فى حد ذاته خطأ موجبا للمسئولية، التى لا يدرؤها ، الا اثباته القوة القاهرة أو خطأ الدائن (٣) •

---

(١) د. عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى ، مصادر الالتزام ، العقد ، المجلد الأول ، ص ٨٩٢ ، ٨٩٣ •

(٢) د. محمود جمال زكى ، الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات ، ص ٣٣١ •

(٣) نقض ١٠ مارس ١٩٥٥ ، مجموعة أحكام النقض ، السنة ٦ ، رقم ١٠١ ، ص ٧٦٣ •

عدم تنفيذ الالتزام فى النظرية الاسلامية :

تقوم النظرية الاســلامية ، على وجوب الوفاء بالالتزامات الى مستحقيها ، وأن على كل عاقد أن يوفى بالمتطلبات التى يرتبها التعامل ، اذ أن فكرة الواجب تسبق فكرة الحق ، ولا نحسب أنه توجد نصوص ، أكثر جلاءا من النصوص الشرعية ، فى هذا السياق ، مثل قوله تعالى : « ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » وقوله جل شأنه : وأوفوا بالعهد ، ان العهد كان مسئولا » وقوله عند تعداده لصفات المؤمنين : والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون » المؤمنون / ٨ » وقول الرسول ـ صلوات الله عليه ـ على اليد ما أخذت حتى تؤديه » لذلك فان الأصح فى الشرع التعبير عن ذلك بعدم تنفيذ الالتزام ٠

ان هذه النصوص تؤصل المسئولية العقدية للمدين بالالتزام ، وتتمثل فى وجوب تنفيذ المفروض عليه بمقتضى العلاقة التعاقدية ، أو المنصوص عليه فى العقد المبرم بينهما ، وفقا لقوله تعالى : اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه » ٠

والشأن فى العقود والمعاملات الماليــة ، أن تفرض التزامات على طرفيها ، أو على أحد الأطراف فيها ، فالدين ، وهو اسم لمـال واجب فى الذمة ، يكون بدلا عن شىء آخر (١) ، على وجه المعاوضة ، مثل القرض ، وبدل المبيع ، هذا الدين تشغل به الذمة ، ويجب على المدين الوفاء به عند حلول أجله ٠ وفى عقد البيع ، يلتزم البائع بتسليم المبيع ، والمشترى بأداء الثمن ، وفى الاجارة يلتزم المؤجر ، بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة ، والمستأجر بدفع الاجرة ٠ وفى عقد الزواج ، يلتزم الزوج بدفع الصداق ، والمرأة ببذل نفســها ، للانتفاع بالبضع ٠٠٠ وهكذا ٠

ولاشك أن تقرير هذه الالتزامات ، يستوجب أداءها ، تأسيسا على النصوص ، فاذا لم يقم العاقد بالتنفيذ ، فهو مقصر فى أداء التزامه

(١) ابن الهمام ، فتح القدير ، جـ ٥ ، ص ٤٣١ ٠

مخل بمسئوليته العقدية ، وهو ما تدل عليه النصوص المتوعدة على نقض العهد (١) •

لكن هل يعتبر هذا الاخلال أو النكوص عن الوفاء بالالتزام يعتبر خطأ عقديا بحسب المصطلح القانونى أم لا يعتبر ؟ يمكن القول بأن هذا المسلك من جانب المدين يعد خطأ عقديا ، لأنه مسلك مذموم من الشرع، والدليل عليه موقف الرسول — صلى الله عليه وسلم — تجاه من مات وعليه ديناران ، حيث قال : صلوا على صاحبكم » وفى هذا تنفير من عدم قضاء الدين ، والحرص على أدائه اذ لا يترك النبى — صلى الله عليه وسلم — الصلاة على مسلم ، الا لأمر جلل • يؤكد ذلك الحديث الذى يقول فيه الرسول — صلى الله عليه وسلم — مطل الغنى ظلم » فأى وصف أشنع من الظلم فى عدم اداء المدين الدين الذى عليه لدائنه ؟ فان المماطلة حرام •

على أن مفهوم عدم التنفيذ ، بحسبانه خطأ عقديا ،فى النظرية الاسلامية ، ليس مطلقا كالمال فى الفقه القانونى ، ذلك أنه اذا كان عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه ، خطأ عقديا فى ذاته ، الا أن القرينة فيه بسيطة تقبل اثبات العكس ، اذ أن للمدين أن يتخلص من مسئوليته العقدية ، باثبات أنه معسر ، أو بأن يقيم البينه على أن عدم تنفيذه لالتزامه كان بسبب حالة الضرورة ،كما لو كان تقصيره يرجع الى الدائن نفسه ، أو الى كارثة نزلت به •

وهذا القول ليس عاريا عن الدليل ، فان الله تعالى يقول : وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة » البقرة / ٢٨١ » ولأن الحديث قصر حرمة المماطلة ، ونعتها بالظلم ، من جانب المدين الموسر لقوله : صلى الله عليه وسلم مطل الغنى ظلم •• فالمدين اعتبر ظالما ، لأنه تأخر فى أداء دينه

---

(١) يقول تعالى : الذين ينقضون عهد الله من بعد ميثاقه ، ويقطعون ما امر الله به أن يوصل ويفسدون فى الأرض أولئك هم الخاسرون » (سورة البقرة آية ٢٧)وقوله : « ولا تكونوا كالتى نقضت غزلها من بعد قوة » النحل آية ٩٢ •

المستحق بغير عذر ، أما لو كان لديه عذر شرعى ، فلا يكون مرتكبا لخطأ عقدى • ويعنى ذلك ان ما أخذت به محكمة النقض ، يتفق مع النظرية الاسلامية ، من حيث المبدأ ، أو من حيث الاجمال لا التفصيل ، لأنهاتعتد — شأن الفقه الاسلامى — بالسبب الأجنبى فى التخلص من المسئولية العقدية ، ونفى الخطأ ، لكنها لا تعتد باعسار المدين ، وامهاله الى ميسرة ، كما تقضى النظرية الاسلامية ، ولاتفرق بين المدين الموسر والمدين المعسر ، وانما تعمم فى الحكم ، وان تجافى ذلك مع العدالة ، وكان فيه انكارا لحقائق الواقع ، والسبب الحقيقى الكامن وراء عدم التنفيذ أو التقصير فى الوفاء بالالتزام ، وهو ما يؤخذ على الاتجاه القانونى ككل •

توقف التعويض على طبيعة الالتزام :

التزام المدين فى العقود ، ليس واحدا ، ولا من طبيعة واحدة ، فهو قد يكون التزاما بأداء الدين ، أو تسليم العين ، أو القيام بعمل ، أو الامتناع عن عمل ، وتختلف طبيعة الالتزام فيه من عقد الى آخر ، ويذهب الفقه القانونى ، الى أن التزام المدين ، فى هذا الشأن ، اما أن يكون التزاما بتحقيق نتيجة أو غاية ، واما أن يكون التزاما ببذل عناية •

ويكون التزام العاقد بتحقيق نتيجة أو غاية ، اذ كان المقصود من أدائه الالتزام تحقيق غرض وغاية معينة للدائن ، كما فى الالتزام بنقل حق عينى ، أو أداء عمل ، أو امتناع عن عمل ، كالتزام المقاول باقامة مبنى ، والتزام الناقل بتوصيل بضاعة ، والتزام الجار بعدم البيع الى أجنبى فى الشفعة ، فان تنفيذ الالتزام ، لا يتحقق الا بتحقيق هذه النتيجة ، فاذا لم تتحقق النتيجة ، فاننا نكون بصدد خطأ عقدى •

وقد يكون التزام العاقد ، التزاما ببذل عناية ، اذا كان محل الالتزام بذل جهد معين ، أو السعى من أجل غرض معين ، دون أن يكون مكلفا بنتيجة بعينها • فهو التزام بعمل معين ، لكنه اطار بسعى ، وليس نتيجة •

والمعيار يحتكم اليه ، فى بذل الجهد أو القيام بالسعى ، هو معيار الشخص المعتاد ، ومن ثم لا يتوافر الخطأ فى جانبه ، الا اذا قصر فى بذل العناية المطلوبة منه قانونا أو اتفاقا ، فى اتخاذ الوسيلة التى تؤدى الى الغاية ، التى أرادها المتعاقدان ، فذلك القصور لاعدم تحقق هذه الغاية ، هو عدم تنفيذ الالتزام ، الذى يتكون منه الخطأ (١) .

ومن الأمثلة على الالتزام ببذل عناية ، التزام المستأجر بالمحافظة على العين المستأجرة ، والتزام المودع بالمحافظة على الوديعة . والتزام المحامى بالدفاع عن موكله ، والتزام الطبيب بعلاج مريضه . فان محل الالتزام فى هذه العقود ، هو بذل عناية ، وليس الوصول الى نتيجـة بعينها ، فاذا لم يحقق المدين الغاية من التزامه ، وبذل فى ذلك العناية المطلوبة من الشخص العادى ، فى الأحوال التى لا يوجد فيها اتفاق أو نص على بذل عناية خاصة ، أو بذل العناية المتفق عليها أو المنصوص عليها قانونا ، يكون قد وفى بالتزامه .

وقد عرضت م ٢١١ من التقنين المدنى لذلك بقولها : فى الالتزام بعمل، اذا كان المطلوب من المدين ، هو أن يحافظ على الشىء ، أو أن يقوم بادارته أو يتوخى الحيطة فى تنفيذ التزامه ، فان المدين يكون قد وفى بالالتزام اذا بذل فى تنفيذه من العنـاية ، كل ما يبذله الشخص العادى ولو لم يتحقق الغرض المقصود ، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك .

وفى كل حال ، يبقى المدين مسئولا عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم.

توقف الضمان على طبيعة الالتزام :

الالتزام فى العقود فى الفقه الاسلامى متنوع ، بسبب اختلاف العقود ، فهى بالنظر الى آثارها والأغراض المقصودة منها ، اما أن تكون معاوضات ، حيث يجرى فيها المبادلة والمقابلة بين العوضين ، مثل البيع ،

(١) د. محمود جمال زكى ، الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات ، ص ٣٣٢ .

والاجارة والزواج ، والجعالة . واما أن تكون تبرعات ، حيث تكون بغير مقابل أو بغير عوض ، مثل الهبة والاعارة والقرض والصدقة والوصية والوقف . والأقرب من هذه التقسيمات ، لتحديد طبيعة الالتزام ، فى خصوص الخطأ العقدى والمسئولية العقدية ، ما قال به ابن نجيم من أن العقود أقسام : لازم من الجانبين ، البيع والصرف والسلم والتولية والمرابحة والوضيعة والتشريك والصلح والحوالة ... وجائز من الجانبين، وهى الشركة والوكالة والمضاربة والوصية والعارية والايداع والقرض، والقضاء وسائر الولايات ، الا الامامة العظمى (١) .

وبالنظر الى طبيعة الالتزام فى هذه العقود ، نجد أن المتعاقد فيها ، قد يكون ملتزما بنقل حق عينى ، أو أداء عمل ، أو تسليم الشىء ، أو الامتناع عن عمل فالالتزام بنقل حق عينى ، كما فى البيع ، اذ أن على البائع تسليم المبيع الى المشترى عملا بمقتضى البيع ، فهو ينقل الملكيـــة فيـــه بأداء عمل كما فى الاجارة ، فان الأجير المشترك وكذا الأجير الخاص، يكلف بأداء عمل ، لأن المعقود علية هو العمل . والتزام الصانع فى عقد الاستصناع ، التزام بعمل ، وتسليم الشىء المستصنع ، والتزام المالك بعدم بيع الدار ، الى غير الشفيع ، فمحل الالتزام هنا هو الامتناع عن عمل ، هو فعل البيع الى غير جاره ، لأن الجار أحق بشفعته . فان الالتزام فى هذه العقود ، وهى من عقود المعارضة ، التزام بتحقيق غاية معينة ، هى نقل الحق ، أو اداء العمل ، أو تسليم العين ، أو الامتناع عن العمل ، فاذا لم يقم بالتزامه المحدد فيها ، فقد أخل بالتزامه ، وصدق عليه أنه لم ينفذ التزامه العقدى ، ومن ثم يصح القول بأن التزامه فى هذه العقود ، وما على شاكلتها ، من قبيل الالتزام بتحقيق نتيجة ، فيكون مرتكبا لخطأ عقدى ، ويقع تحت طائلة الضمان العقدى . وها هو ابن رجب يقرر ذلك عند كلامه عما يضمن من الأعيان بالعقد بقوله : أن يكون عقد على ملكه عقد الازما ، ينقل الملك فيه ولم يقبضه المالك بعد ، فان كان ممتنعا من تسليمه فهو غاصب ، الا حيث يجوز الامتناع من

(١) ابن نجيم الحنفى ، الأشباه والنظائر ، ص ٣٣٦ .

التسليم ، كتسليم العوض على وجه ، أو لكونه رهنا عنده أو لاستثنائه منفعته مدة ، وأن لم يكن ممتنعا من التسليم بل باذلاله ، فلا ضمان عليه (١) . وهو دليل على أن التزامه ، التزام بتحقيق غاية معينة يترتب على عدم الوفاء به الضمان ، لأنه لم يقم بنقل الملك وتسليم العين الى المستحق لها ، فكان مخلا بالتزامه العقدى .

وتجدر الاشارة الى أن العاقد ، لا يعد مخلا بالتزامه ، فى هذه العقود ، وهو التزام بتحقيق نتيجة ، اذا كان عدم تنفيذ التزامه فيها ، مرده الى حالة الضرورة ، لأن الضرورات تبيح المحظورات ، ويلاحظ أن الضرورة تقدر بقدرها ، فالتزام الشخص بنقل الحجاج لبيت الله الحرام ، وتعطل رحلة أحد الأفواج ، لعطب أصاب المركبة ليس له دخل فيه ، لايؤدى الى تعطيل رحلات الأفواج الأخرى ، لأن حالة الضرورة تطبق فقط على الأشخاص والظروف التى وجدت بها ، فاذ اعطل باقى الأفواج بمقولة الضرورة ، كان مرتكبا لخطأ عقدى يساءل عنه مسئولية عقدية .

وقد يكون المتعاقد ملتزما بوسيلة أو ببذل جهد لغاية ، فيكون محل التزامه سلوك الوسيلة ، وبذل هذا المسعى ، كما لو ورد الالتزام على الأعيان لحفظها ، وهو يتأتى فى الوديعة والعارية والوكالة ، فان التزام العاقد فيها ، التزام بالمحافظة على الوديعة وصيانتها لصاحبها عند طلبها ، فان التزامه من قبيل بذل العناية ، أو سلوك الوسيلة التى تبقى على العين بمنأى عن الهلاك والضياع ، ويمكن القول بأن التزامه هو التزام الشخص الأمين ، الذى يحافظ على ما فى يده فى غير تفريط ولا افراط ، وفى سبيل ذلك ، فله أن يحفظها بنفسه وبمن فى عياله ، لأن أنه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذى يحفظ مال نفسه ، وانما يجوز له أن يحفظها بواسطة عياله ، لأنه لا يجد بدا من الدفع الى عياله ، لأنه لا يمكنه ملازمة بيته ، ولااستصحاب الوديعة فى خروجه ، فكان المالك

---

(١) ابن رجب الحنبلى ، القواعد فى الفقه الاسلامى ، ص ٥٥ .

راضيا به (١) • وهو المعيار الذى يصح نعته بأنه معيار الرجل العادى ، اذ أن الفقهاء ذهبوا الى أنه يجب على المستودع أن يحفظ الوديعة ، بما جرت به عادة الناس ، أن تحفظ أموالهم (٢) • الخاصة •

وقد قنن صاحب مرشد الحيران هذا الاتجاه بقوله فى ٧٩٨ : يجب على المستودع أن يعتنى بحفظ الوديعة ، بما يحفظ به ماله ، وأن يضعها فى حرز مثلها ، على حسب نفاستها • وله أن يحفظها بنفسه أو بمن يأتمنه على حفظ ماله ممن فى عياله •

والتزام العاقد فى العارية من هذا النوع ، فان عليه واجب حفظ العين المستعارة ، وصيانتها عن الضياع ، فالتزامه هنا محله بذل عناية توصلا الى غاية ، هى رد العين الى مالكها سليمة عن التلف ، ويلزم فى المحافظة على العين المستعارة ، ما يبذله الشخص فى العناية بماله ، وهى عناية • الشخص العادى ، لأنها تنطوى على تمليك أو اباحة العين لينتفع بها بدون عوض ، ولما كان الأمر كذلك ، فانه يلتزم ببذل عناية خاصة للحفاظ على هذا المال ، الذى قد يترخص فى حفظه عند استعماله أو الانتفاع به ، ولما كان المستعير هو المستفيد الأول م نالعارية ، فانه يلتزم بالتحوط فى الحفظ والصيانة ، بدرجة تتناسب مع طبيعة العقد ، الذى يحقق مصلحة المستعير ، وينأى بالضرر عن المالك وهو المعير •

وقد نصت م ٦٤٠ من مشروع قانون المعاملات المدنية المأخوذ من الشريعة الاسلامية : على المستعير أن يبذل فى المحافظة على الشىء المعار العناية التى يبذلها فى المحافظة على ماله • دون أن ينزل فى ذلك عن عناية الشخص العادى •

كما يلتزم الوكيل فى عقد الوكالة ، ببذل عناية ، وتحقق مسعى فيما كلف به من عمل ، فان التزامه ليس التزاما بتحقيق نتيجة ، وانما هو يبذل جهدهلتنفيذ الوكالة ، على النحو الذى أراده الموكل •

---

(١) المرغينانى ، الهداية ، جـ ٣ ، ص ٢١٥ •

(١) المرغينانى ، الهداية ، جـ ٣ ، ص ٢١٥ •

والوكالة قد تكون بالقيام بالتصرفات المالية ، كالبيع والشراء ، والاجارة ، أو عملا من أعمال الحفظ والصيانة ، كما يصح التوكيل بالخصومة فى اثبات الديون والأعيان وحقوق العباد (١) • والتزامه فى قيامه بأعمال الوكالة ، بذل الجهد لتحقيق مقصود الموكل ، فى انجاز الأعمال المكلف بها • ويلاحظ أن الوكيل بالخصومة مكلف بالدفاع وحماية حقوق موكله ، والمطالبة بها ، فى حدود قواعد الشرع وآدابه ،ومن الجلى أنه التزام ببذل عناية ، لا تحقيق نتيجة ، ومن ثم فانه يبذل فى القيام بها عناية الشخص العادى •

وقد نص على ذلك ، مشروع قانون المعاملات المدنية ، طبقا لأحكام الشريعة الاسلامية ، فى م ٦٩٨ بقوله : يجب على الوكيل ، أن يبذل فى تنفيذ الوكالة عناية الشخص العادى •

ومع ذلك اذا كانت الوكالة بغير أجر ، وجب على الوكيل ، أن يبذل فى تنفيذها ، العناية التى يبذلها فى أعماله الخاصة ، دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الشخص العادى •

وهذه التفرقة فى بذل العناية بين الوكالة بالاجر والوكالة بغير أجر ، منطقيه ، ولا تتنافى مع العدالة •

ثانيا : الضرر :

ينبغى لكى تقوم المسئولية العقدية ، فى فقه القانون ، أن يترتب على الخطأ العقدى ، أى على عدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه ، ضرر من جرائه ، فبغير هذا الضرر لاتنشأ المسئولية العقدية • فقد يوجد الخطأ العقدى

---

(١) انظر ، الموصلى ، الاختيار ، ج ٢ ، ص ٢٢٩ .

كما تنص م ١٥١٦ من مجلة الاحكام العدلية على انه : لكل من المدعى والمدعى عليه ، ان يوكل من شاء بالخصومة ، ولا يشترط رضا الاخر .

كما تنص ٩٣٥ من مرشد الحيران على انه : يصح التوكيل بالخصومة فى اثبات الديون والاعيان ، وسائر حقوق العباد ، ورضا الخصم ، ليس بشرط فى صحته ، وانما هو شرط للزومة .

من المدين ، ولا يقع الضرر ، مثل أن يتعهد المقاول باقامة المبنى فى مدة زمنية معينة ، فى ظل أسعار مواد البناء السارية ، ثم يتخلف عن الوفاء بالتزامه فى المدة المحددة ، فيترتب على خطئه هذا انخفاض أسعار مواد البناء ، أو فتح طريق مجاور لقطعة الارض المزمع اقامة البناء عليها ، فهنا لا يلحق الدائن أى ضرر من التأخير ، بل حصل له كسب من جراء هذا التأخير فى الوفاء بالالتزام ، اذ أنه سيستفيد من فروق الأسعار الجديدة لذلك فانه لا يفترض من حصول الضرر ، لمجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه ، أو تخلفه فى القيام بالالتزام .

على أنه يلاحظ أن هذا الفرض ، ليس هو الفرض العادى ، وانما يندر حدوثه فى غالب الأحيان ، لأن الضرر قرين الخطأ فى الغالب الاعم لكن هذا الاحتمال فى عدم حدوث الضرر نتيجة الخطأ ، يؤدى الى اشتراط تحقق الضرر بسبب الخطأ لقيام المسئولية العقدية .

نوعا الضرر :

الضرر الذى يصيب الدائن من جراء عدم تنفيذ الالتزام نوعان ، فهو اما ضرر مادى أو ضرر معنوى .

الضرر المادى ، هو الضرر الذى يصيب الدائن فى جسمه أو ماله مثل أن يتسبب الناقل فى عقد النقل ، اصابة الدائن فى جسمه ، نتيجة خطئه فى القيادة . ومثل الضرر الذى يلحق الدائن فى ماله ، بسبب عدم رد المدين دينه . والضرر المادى هو الأكثر الأغلب ، ولكن قد يكون الضرر ، وهذا نادر فى المسئولية العقدية معنويا ، يصيب الدائن فى شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه أو نحو ذلك (١) ومثال الضرر المعنوى ، أن يذيع الوكيل سرا لموكله ، يلحق به الأذى فى سمعته . أو أن يشيع المشترى عن البائع أنه يتاجر فى المخدرات ، ويغرى من يتعامل معه على تقاطيها ، فيترتب على ذلك الاضرار بهما .

---

(١) د. عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى ، مرجع سابق ، ص ٩٢٨ .

طبيعة الضرر المنشىء للمسئولية :

ويشترط الفقه القانونى ، فى الضرر المرتب للمسئولية العقدية ، أن يكون ضررا حالا مباشرا ، وهو ما يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فى الوفاء به . م ١/٢٢١ ويكون للضرر هذا الوصف فيعتبر نتيجة طبيعية للخطأ الذى أحدثه ، اذا لم يكن فى استطاعه الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول . فالضرر المباشر على هذا التحديد ، هو الذى يرتبط بالخطأ بعلامة السببية ، ولذلك تقف عنده مسئولية المدين ويقتصر عليه التزامه بالتعويض [١] أى أن معيار الضرر الذى ترتب عليه المسئولية العقدية ، معيار موضوعى ، لاشخص ، يراعى فيه ما يتوقعه الشخص العادى عند ابرام العقد . مثال ذلك أن يرتكب المقاول خطأ فنيا ، يترتب عليه انهيار المبنى ، فيسأل مسئولية عقدية عما سببه للدائن من ضرر . فالضرر هنا يعد ضررا مباشرا ، لأنه حدث نتيجة عدم التنفيذ الصحيح للعقد ، كما أنه يعتبر ضررا متوقعا [٢] من الشخص ، لأن عدم مراعاة المواصفات الفنية فى تنفيذ الالتزام ، يترتب عليه الاضرار بالدائن ، بحسب نوع الالتزام .

وليس الضرر الحال والمباشر ، هو الذى يعوض عنه فقط ، لأنه اذا كان هذا الضرر يتميز بأنه وقع فعلا ، فان ثمة ضررا آخر ، قد لا يكون حالا ، ولكنه محقق الوقوع فيما بعد ، وهو الضرر المستقبل . فالمورد الذى يتعاقد على استيراد سلع غذائية ، يتبين أنها مصابه بمواد اشعاعيه ، يظهر أثرها محققا على صحة الانسان فى المستقبل ، فانه يكون مسئولا عن ذلك مسئولية عقدية ، لأن الضرر محقق الوقوع

---

(١) د . محمود جمال زكى ، الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات ، مرجع سابق ، ص ٣٤٩ .

(٢) قضت محكمة النقض بان الضرر الموجب للتعويض ، يجب أن يكون ضررا محققا ، بمعنى ان يكون قد دفع أو أنه سيقع حتما ، أما الضرر الاحتمالى الغير محقق الوقوع ، فان التعويض عنه لايستحق الا اذا وقع فعلا . مجموعة احكام محكمة النقض ، س ١٦ ، رقم ٩٣ ، ص ٥٧٠ .

فى الأجل المستقبل ، لذا فان المتعاقد مع المورد من حقه أن يحصل على تعويض عن هذا الضرر .

على أن المتعاقد يسأل عن الضرر المباشر غير المتوقع ، اذا ارتكب غشا أى خطأ عمديا ، أو ارتكب خطأ جسيما ، وهو فى حكم الخطأ العمدى لأن من يرتكب الخطأ ينبغى أن يسأل عن كافة الأضرار ، التى نتجت مباشرة عن خطئه سواء كانت متوقعة أو غير متوقعة(١) .

وما عدا ذلك ، فان الضرر المحتمل ، وهو الضرر غير محقق الوقوع ، فى الحال أو الاستقبال ، لا يعوض عنه ، ومن ثم لا تقوم به المسئولية العقدية والى ذلك أشارت محكمة النقض ، فقد ذهبت الى أن الضرر الاحتمالى الغير محقق الوقوع ، فان التعويض عنه لا يستحق الا اذا وقع فعلا .

ويستوى فى التعويض عن الضرر الحال أو المستقبل المحقق الوقوع ، أن يكون ضررا ماديا أو ضررا أدبيا(٢) ، لأن كلا منهما يلحق الألم والاذى للدائن ، وان كان الضرر المادى ، هو الأكثر شيوعا فى النطاق العقدى .

الضرر فى الفقه الشرعى :

ان توفر عنصر الضرر ، من المقومات الأساسية للعمل بالضمان فى الشريعة الاسلامية ، لأن القواعد الشرعية تنهى عن الضرر ، وتعمل على ازالته والتخلص منه ، فالحديث الشريف عن الرسول — صلى الله عليه وسلم — يقول : « لا ضرر ولا ضرار » . فهذه القاعدة أصل شرعى هام ، ينبنى عليها ، الكثير من الاحكام الشرعية فى العبادات والمعاملات .

---

(١) د. عبد الناصر العطار ، نظرية الالتزام ، ص ٢٢٧ .

(٢) بنصت م ٢٢٢/١ : يشمل التعويض الضرر الأدبى ايضا ، ولكن لا يجوز فى هذه الحالة ، أن ينقل الى الغير . الا اذا تحدد بمقتضى اتفاق او طالب الدائن به امام القضاء .

ففى مجال المعاملات — كما يقول السيوطى — هناك الرد بالعيب وجميع أنواع الخيار ، من اختلاف الوصف المشروط ، والتغرير وافلاس المشترى ، وغير ذلك ، والحجر بأنواعه والشفعة ، لأنها شرعت لدفع ضرر القسمة ، والقصاص والحدود ، والكفارات وضمان المتلف ، والقسمة ، ونصب الأئمة والقضاه ودفع العائل ، وقتال المشركين ، والبغاه ، وفسخ النكاح بالعيوب ، أو الاعسار ، أو غير ذلك • ومن متعلقات هذه القاعدة ، أن ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها(١) •

وتتأكد هذه القاعدة فى مجال الضمان بسبب الضرر ، بقول الرسول — صلوات الله عليه — بالضمان : من حديث عائشه رضى الله عنها ، وفى بعض طرقه ذكر السبب ، وهو أن رجلا ابتاع عبدا ، فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم ، ثم وجد عيبا ، فخاصمه الى النبى — صلى الله عليه وسلم — فرده عيله فقال الرجل : يارسول الله : قد استعمل غلامى ، فقال : الخراج بالضمان •

قال أبو عبيد : الخراج فى هذا الحديث غلة العبد ، يشتريه الرجل، فيستعمله زمانا ، ثم يعثر منه على عيب دلسه البائع فيرده ، ويأخذ جميع الثمن ، ويفوز بغلته كلها ، لأنه كان فى ضمانه ، ولو هلك هلك من ماله • انتهى •

وفى الفائق : كل ما خرج من شىء فهو خراجه ، فخراج الشجر ثمره ، وخراج الحيوان دره ونسله • انتهى •

وذكر فخر الاسلام فى أصوله ، أن هذا الحديث من جوامع الكلم ، لا يجوز نقله بالمعنى • وقال أصحابنا فى باب خيار العيب ان الزيادة المنفصله غير المتولدة من الأصل ، لا تمنع الرد بالعيب ، كالكسب والغله ، وتسلم للمشترى ، ولا يضر حصولها له مجانا ، لأنها لم تكن

---

(١) السيوطى ، الاشباه والنظائر ، ص ٩٢ ، ٩٣ .

جزءا من المبيع ، فلم يملكها بالثمن ، وانما ملكها بالضمان[١] .

ان الناظر للعقود والمعـاملات الشرعية يجـد أنهـا تتغيا مقاصـد ومرامى معينه ، يتعين تحقيقها من ابرام هذه العقود ، فالدائن يهدف من القرض الى الحصول على دينه بعد أن فك كربة مدينه ، والمشترى فى البيع يرغب فى الحصول على المبيع لسد حاجته ، والمستأجر فى الايجار يرمى من عقده مع المؤجر ، التمكن من الحصـول على منفعة العـين المؤجرة ، والمعير فى العارية يبغى استرداد العين المستعارة ... وهكذا فى سائر العقود . ذلك أن تشريع العقود لم توجد عبثا ، اذ أن كـل مالا منفعة فيه من المعقود عليه فى المعاوضات ، لا يصح العقد عليه .. فاذا كانت المعاملات جميعها حلالا ، فلا اشكال فى صحة العقد بـه وعليه [٢] .

ويستلزم ذلك أن المتعاقد الذى لم يقم بتنفيذ التزامه ، أو قصر فيه ، على وجه الحق الضرر المتعاقد الآخر ، فان مسلكه هذا يستوجب الضمان ، فلابد أن يعقب الخطأ العقدى ، الذى ارتكبه ، الحاق ضرر بالمتعامل معه ، ألا ترى فى قول الرسول — صلى الله عليه وسـلم — مطل الغنى ظلم . فالماطله والتسويف فى وفاء المدين بدينه للدائن ، هى خطـأ ، هذا الخطأ تسبب فى ظلم الدائن واهدار حقه ، بتفويت الفرصة عليه فى الحصول على دينه ، فالحق به ضررا ، اذ أن المماطلة التى ينشأ عنها ظلم تحدث يقينا الضرر بالدائن ، وهو ضرر نشأ عن سلوك المدين الخاطىء وبسببه ترتب عليه عدم الوفاء بدينه .

فاذا لم يوجد ضرر ، نتج عن سلوك المدين ، لم يجب عليه الضمان، فان المسلك الخاطىء فى ذاته ، لا يوجب الضمان ، اذا لم يلحق الضرر بالدائن والضرر المتحقق من جراء خطأ العاقد ، يتأتى بتفويت مقصود العاقد الآخر من العقد ، وعدم حصوله على الغرض المطلوب من العقد.

---

(١) ابن نجيم ، الاشباه والنظائر ، ص ١٥١ .
(٢) الشاطبى ، الموافقات ، جـ ٣ ، ص ١٠٧ .

ويلاحظ فى هذا الخصوص ، أن نظرة الشريعة ، فى تجميل العاقد المخطىء تتسم باليسر ودفع الحرج ، فقد يترتب على عدم تنفيذ المدين لالتزامه الحاق الضرر بالدائن ، ولا يقع المدين ، تحت طائلة المسئولية العقدية ، والامر فى الشريعة يختلف عنه فى الفقه القانونى ، من حيث أن المسئولية العقدية فى القانون لا تتحقق ، الا باثبات المدين للسبب الاجنبى ، الذى حال بينه وبين تنفيذ التزامه ، كما لو حلت بالمدين كارثة من طوفان أو زلزال أو حرب ، منعته من تنفيذ التزامه ، أو أعاقته عن الوفاء بما وجب عليه . أو كان السبب فى عدم التنفيذ أو التقصير فيه الدائن نفسه ، أو الغير ، فان الضرر رغم وقوعه لا يرتب المسئولية العقدية ، لانه ليس بفعل المدين ، ولا يدله فيه ، لذا فان له أن يتخلص من مسئوليته العقدية ، باثبات السبب الاجنبى .

أما فى الشريعة ، فان الرخص التى يستطيع بها المدين أن يتخلص من المسئولية العقدية ، أوسع نطاقا من مثيلتها فى الفقه القانونى ، فحالات الضرورة أو الاضطرار فى الفقه الشرعى ، وهى أعم من السبب الأجنبى ، تتيح للمدين أن يتخلص من المسئوليه العقدية ، ومراعاة حالة المدين ، وظروفه الخاصة ، ولو كانت بسبب مسلكه الشخصى كما لو أعسر أو أفلس ، تجعل الدائن يترفق به ، ويمهله الى ميسرة ، قال تعالى: وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ، وان تصدقوا خير لكم ان كنتم تعلمون » البقرة / ٢٨٠ .

وتطبيقا لذلك فان من وجب عليه دين فطولب به ولم يؤده ، نظر الحاكم ، فان كان فى يده مال ظاهر أمره بالقضاء ، وان لم يجد له مالا ظاهرا ، فادعى الاعسار فصدقة غريمه ، لم يحبس ووجب انظاره ، ولم تجز ملازمته لقوله الله تعالى : وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة»

ولقول النبى — صلى الله عليه وسلم — لغرماء المدين الذى كثر دينه ، خذوا ماو وجدتم وليس لكم الا ذلك (١) • فالاعسار ترتب عليه الاضرار بالدائن ، حيث لم يحصل على دينه ، وهو ناتج عن مسلك المدين وبفعل خطئه الى جانب عوامل أخرى ، ومع ذلك اعتبر سببا للتخلص من المسئولية العقدية •

ترتب الضرر على عدم التنفيذ

الغرض الغالب فى عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته العقدية ، حصول الضرر نتيجة له ، كما لو التزم البائع بتسليم العين المبيعة للمشترى ، بعد حصوله على الثمن منه ، ثم لم يقم بالتسليم ، فانه يكون بذلك مخطئا بما يلحق الضرر بالمشترى ، لذلك فانه يجبر على نقل الملكية للمشترى ، وتسليم المبيع (١) •

وفى عقد الاجارة يقع على المؤجر التزام بتسليم العين المؤجرة ، والمستأجر بدفع الأجرة ، فاذا كان العقد مطلقا عن شرط التعجيل ، بأن

---

(١) ابن قدامه ، المغنى ، جـ ٤ ، ص ٤٤٩ . يقول القرافى اجمعت الامة على ان صاحب الدين على المعسر مخيربين النظرة فى الابراء ، وان الابراء افضل فى حقه ، واحدهما واجب حتما وهو ترك المطالبة ، والابراء ليس بواجب . الفروق ، جـ ٢ ، ص ١٠ .

(١) يقول الشيرازى : اذا باعه سلعة بثمن فى الذمة ، ثم اختلفا ، فقال البائع لا اسلم المبيع حتى اقبض الثمن ، وقال المشترى لا اسلم الثمن حتى اقبض المبيع ، فقد اختلف اصحابنا فيه . فمنهم من قال : فيه ثلاثة اقوال : احدها : يجبر البائع على احضار المبيع ، والمشترى على احضار الثمن ، ثم يسلم كل واحد منها مالة دفعة واحدة ، لان التسليم واجب على كل واحد منهما ، فاذا امتنعا اجبرا كما او كان لاحدهما على الاخر دراهم وللاخر علية دنانير . والثانى لا يجبر عليه واحد منهما ، بل يقال من يسلم منكما ماعلية اجبر الاخر على تسليم ماعلية ، لان على كل واحد نكل المدعى علية فردت اليمين على المدعى فنكل . والثالث : انه يجبر البائع على تسليم المبيع ثم يجبر المشترى وهو الصحيح ، لان حق المشترى متعلق بعين وحق البائع فى الذمة ، فقدم ماتعلق بعين كأرش الجناية مع غيرها من الديون ، ولان البائع يتصرف فى الثمن الذمة ، فوجب انة يجبر البائع على التسليم ، ليتصرف المشترى فى المبيع . المهذب ، جـ ١ ، ص ٣٩٠ .

لم يوجد شرط بتعجيل الأجرة فى العقد ، ولم يوجد التعجيل أيضا من غير شرط بالاتفاق بينهما — فان على المؤجر تخليه العين ، وتمكين المستأجر من الانتفاع برفع الموانع فى اجارة المنازل ونحوها ... حتى لو انقضت المدة من غير تسليم المستأجر ، لا يستحق شيئا من الأجر ، لأن المستأجر لم يملك من المعقود عليه شيئا ، فلا يملك هو أيضا شيئا من الأجر ، لأنه معاوضة مطلقة (١) . ومعنى ذلك أن من أخطأ ، باخلاله بالتزامه العقدى ، فترتب عليه ضرر ، أصاب العاقد الآخر ، بأن فوته عليه تحقيق مقصوده من العقد ، وهو التمكن من الانتفاع فى الاجارة ، فان هذا يوجب الضمان .

ومثل ذلك لو أهمل المستعير العين المستعارة ، فترتب عليها تلفها ، وجب عليه الضمان ، لأنه أضر بالمعير ، وفوت عليه الحصول على ملكه ، يقرر ذلك الامام مالك بقوله : أرأيت ان استعرت ثوبا من رجل ، فضاع عندى ، أأضمنه أم لا فى قول مالك : قال ، قال مالك : هو ضامن . قلت وكذلك العروض كلها : قال : قال مالك من استعار شيئا من العروض فكسره أو خرقه أو ادعى أنه سرق منه أو احترق ، قال مالك : فهو ضامن له . قال : وان أصابه أمر من قبل الله بقدرته ، وتقوم له على ذلك بينه ، فلا ضمان عليه فى شىء من ذلك ، الا أن يكون ضيع أو فرط ، فانه يضمن اذا جاء التفريط أو الضيعة من قبلة (٢) . فتفريط المستعير وتضيعه للعين المستعار ، خطأ نجم عنه ضرر للمعير ، ترتب عليه الضمان .

وكذلك يضمن المودع ، اذا فرط فى حفظ العين المودعة ، فتلفت ، لأن هذا ضرر لحق بالمودع ، فيضمنه المودع لديه ، لأنه أهمل فى التزامه الواجب عليه بمقتضى الوديعة ، فانه يجب عليه حفظ الوديعة من التلف (٣) وقد أخل بالتزامه ، فتسبب ذلك الاخلال فى الاضرار بالمودع .

---

(١) المدونة الكبرى ، ج ٤ ، ص ٣٦١ .
(٢) الكاسانى ، بدائع الصنائع ، ج ٤ ، ص ١٧٩ .
(٣) الخطاب ، مواهب الجليل ، ج ٥ ، ص ٢٥١ .

الضرر اما مادى أو معنوى :

الضرر الذى يصيب الدائن ، من جراء عدم تنفيذ الالتزام ، لايختلف من نظام قانونى لآخر ، اذ أنه مرتبط بالسلوك الخاطىء ، فمتى ارتكب العاقد خطأ عقديا ، نتج الضرر المادى أو المعنوى ، وان كان الغالب، أن يكون الضرر المتعلق بالمسئولية العقدية ، من قبيل الضرر المادى .

ولا صعوبة فى القول بأن من صور الضرر المادى ، اضرار البائع بعدم تسليم المبيع الى المشترى ، وعدم رد العارية الى المعير ، وغيرها فى الاجارة والوديعة ، فان مخالفة الالتزامات فى هذه العقود ، يلحق الضرر بالعاقد .

وبالاضافة الى الضرر المادى ، يوجد الضرر المعنوى ، ومن هذا النوع اشاعة التشفيع الاكاذيب عن مالك العقار ، وتلويث سمعته ، فان هذا ضرر معنوى ، لما فيه من ايذائه فى عرضه وشرفه ، وهما من أهم ما يحرص عليهما الانسان . ومن ذلك اذاعة أحد العاقدين اسرار العاقد الآخر ، وتعمد الزرية به واحتقاره أمام الغير ، فان هذا اضرار به يتمثل فى الأذى المعنوى ، الذى لوث به سمعة المتعامل معه .

العبرة فى الضمان بالضرر الحال الواقع فعلا ، والمباشر :

يجب للحكم بالضمان ، أن يكون الضرر الناشىء عن العقد ، الناتج عن فعل المدين ، قد وقع فعلا ، أو كان محقق الوقوع فى الحال ، لأن معيار الضرر الموجب للضمان ، أن يكون محقق الوقوع حالا لا مالا ، فان القواعد الفقهية تتعامل مع حقائق واقعة بالفعل ، معلومة علما تاما ، نافيا للجهالة ، وما كان شأنه كذلك ، فانه يكون قد حصل فعلا ، أو جارى وقوعه فى الحال ، لا متوقع حصوله ، أو فى سبيله أن يقع .

وهذا ما تدل عليه أحاديث الباب ، المتعلقة بالضرر ، وقاعدة الضرر يزال ، فان ازالة الضرر ، لا تتأتى عقلا الا بعد وقوعه ، ولأن الضرر هو السبب فى الضمان ، والمسبب لا يتقدم سببه والا لم يكن سببا له ،

ومن تطبيقات ذلك ، فى عقد البيع ضمان البائع اذا استحق من يد المشترى فانه يضمنه له ، فيرجع على البائع • وفى الاجارة يضمن الأجير اذا قبض المستأجر فيه ، لأنه التزم حفظه ، وترك الحفظ الملتزم موجب للضمان ، كالمودع اذا ترك حفظ الوديعة حتى ضاعت ، ومنها الاتلاف والافساد اذا كان الأجير متعديا فيه (١) • فان الضرر فى هذه الأمثلة واقع بالفعل ، وهو ضرر حال ، ليس بآجل ، ففى البيع وجب الضمان ، لأن المبيع قد استحق بالفعل — أى ظهر أنه مملوك لآخر غير البائع — وفى الاجارة ضمن الاجير بعد تركه الحفظ للعين وحدوث الاتلاف ، وكذا الوديعة ، فان الضمان وجب لما أخل المودع عنده بالحفظ ، فضاعت الوديعة ، فنحن هنا أمام ضرر حال محقق الوقوع فعلا ، ليس متوقع حصوله ، أو من المنتظر أن يقع فى المستقبل •

ومن ذلك تعلم أن الضمان لا يجب فى الاضرار المتوقعة الحدوث فى المستقبل ، حتى لو كانت محققة الوقوع ، لانها لم تقع بعد ، ولأن الضرر فيها غير معلوم الصفة والمقدار ، ولا يصح الضمان فى المجهول ، لأنه يورث النزاع ، وقواعد الشريعة تمنـــع النزاع ، وتحـــول دون حصوله ، بتلافى أسبابه • ومن باب أولى القول بعدم وجوب الضمان عن الضرر المحتمل الوقوع ، لأن التقدير فى المحتمل تقدير تحكمى لايستند الى أساس صحيح ، ويتنافى مع العدالة ، وينطوى على غرر ، ويفتح الباب على مصراعيه للنزاع بين المتعاقدين ، وتأبى الشريعة ذلك ، لأن الضرر ممنوع فى الشرع ويمنع كل ما يؤدى اليه •

وبهذا النظر ، يبين الفرق بين موقف الفقه الشرعى ، وفقه القانون من حيث جواز التعويض عن الضرر محقق الوقوع فى المستقبل فى القانون ، وعدم جواز التعويض عن ذلك الضرر فى المستقبل ، لأنه محتمل وموهوم ، ويدخل فى الضرر المنهى عنه ، وفيه مخاطره تتضمن أكل المال بالباطل ، قال تعالى : ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل « البقرة / ١٨٨ » •

---

(١) الكاسانى ، بدائع الصنائع ، ج ٤ ، ص ٢١١ .

اذا ثبت ذلك ، فان الضمان لا يجب الا بوقوع الضرر من المدين بالالتزام ، فاذا انطوى سلوكه على خطأ ، تمثل فى عدم تنفيذه لمقتضيات العقد ، لكن لم يترتب على عدم التنفيذ ضرر ، لم يجب عليه ضمان ، لأن موجب الضمان هو الضرر ، فان العقد غ يرموجب للضمان بمجرده وانما يترتب الضمان بأمر آخر طارىء على العقد ، وهو التلف تحت يده ، فيجب ضمانه بالقيمة أو المثل (١) .

ويؤكد البغدادى ذلك بقوله : اذا شهد شاهدان ببيع شىء بمثل قيمته ، أو بأكثر ، ثم رجعا لم يضمنا ، وأن كان بأقل من قيمته ضمن ضمان النقصان ، وذلك لعدم ضرر البائع فى الحالة الأولى ، لعدم حصول نقص فى ماله ، وضرره فى الحالة الثانية (٢) . وهو دليل على أن العاقد ، الذى ينطوى سلوكه على خطأ ، لا يسبب ضررا بالعاقد الآخر ، لا يجب عليه الضمان .

ولا يكفى فى الضرر الموجب للضمان — أى التعويض فى القانون — أن يكون محقق الوقوع فى الحال ، وانما يجب أن يكون الضرر مباشرا ، بمعنى أن يكون ناتجا بفعل المسلك الخاطىء للعاقد ، فهذا المسلك الخاطىء، هو المؤدى للضرر ، أى أن الضرر كان نتيجة مباشرة ، أو مرتبطا به برابطة السببية . فالضرر الذى يكون نتيجة للسلوك الخاطىء للعاقد ، لا يسأل عنه ، ولا يجب به ضمان ، ذلك لأن المدين اذا أثبت أن السبب الأجنبى منعه عن التنفيذ ، أو تسبب فى تأخير التنفيذ ، فانه لا يحكم عليه بالتعويض (٣) .

ومن القواعد الفقهيــة الضــابطة لذلك : أنه اذا اجتمع المبــاشر والمتسبب ، أضيف الحكم الى المباشر ، فلا ضمان على حافر البئر تعديا

---

(١) ابن رجب الحنبلى ، القواعد ، ص ٦٨ .

(٢) البغدادى ، مجمع الضمانات ، ص ١٤٧ . نقلا عن : على الخفيف، الضمان فى الفقة الاسلامى ، ص ٤٧ .

(٣) انظر م ٢٢٨ من مشروع قانون المعاملات المدينة طبقا للشريعة الاسلامية .

بما أتلف بالقاء غيره ، ولا يضمن من دل سارقا على مال انسان فسرقه ، ولاسهم لمن دل على حصن فى دار الحرب ، ولاضمان على من قال تزوجها فانها حرة ، فظهر بعد الولادة أنها أمة ، ولاضمان على من دفع الى صبى سكينا ، أو سلاحا ليمسكه ، فقتل به نفسه • وخرجت عنها مسائل :

منها : لو دل المودع السارق على الوديعة ، فانه يضمن لترك الحفظ(١)• فهذا تطبيق للضمان العقدى ، يتعلق بالوديعة والتطبيقات السابقة عليه متعلقة بالفعل الضار — المسئولية التقصيرية — وتفيد القاعدة ، أنه عند اجتماع سببين للضمان ، أحدهما مباشرة ، والآخر بالتسبب ، فان السبب الأول يجب الثانى ، ويقضى عليه ، بحيث يضاف الحكم الى المباشر لا الى المتسبب ، لأن السبب المباشر ، أقوى وأفعل فى حدوث الضرر من السبب غير المباشر — التسبب — لذلك تعلق الحكم به ، وأضيف اليه ، لأن النتائج تضاف الى أسبابها الفاعلة والحقيقية ، وليس الى أسبابها التابعة والمجازية •

وهذه القاعدة فى تقديم المباشرة على التسبب مقررة عند الشافعية ، فها هو السيوطى يقول : اذا اجتمع السبب أو الغرور والمباشرة ، قدمت المباشرة » ومن فروعها : لو أكل المالك طعامه المغصوب جاهلا به ، فلا ضمان على الغاصب فى الأظهر •

ثم يستثنى من القاعدة عدة صور منها :

منها : اذا غصب شاه وأمر قصابا بذبحها ، وهو جاهل بالحال ، فقرار الضمان على الغاصب قطعا ، قاله فى الروضة •

---

(١) ابن نجيم ، الاشباه والنظائر ، ص ١٦٢ .

ومنها : اذا استأجر لحمل طعام فسلمه زائدا ، فحمله المؤجر جاهلا ، فتلفت الدابة ضمنها المستأجر فى الأصح .

ومنها : وقف ضيعة على قوم ، فصرفت غلتهـا اليهـم ، فخرجت مستحقة ضمن الواقف لتغريره[١] .

فالقاعدة تطبق على ضمان العقد ، وضمان الفعل ، بلافرق ، كما يبين من الأمثلة التى ساقها ، فتقديم المبـاشرة على التسـبب هو مقتضى القاعدة ، الا ما استثناه فى صور الضمان العقدى ، والفعل الضار ، وهذا ليس انتقاصا من شأن القاعدة ، اذ من المعلوم أن الاستثناء يؤكد القاعدة ، ولاينقضها .

ويرتبط بالقاعدة ويكملها القاعدة القائلة : أن المباشر ضامن وان لم يتعمد ولم يتعد ، والمتسبب لا يضمن ، الا أن يتعمد [٢] . وهى محدد هام لبيان قوة الأفعال التى يأتيها المباشر ومداها ، فان أفعاله معبرة عن قصده وكاشفة عنه ، لا تحتاج الى استظهار القصد والنية ، لأنها من الجسامة والظهور بمكان ، لا يعوز الى البحث فى الثوايا والبواعث ، وهى أمور مستترة ، فكانت المباشرة قرينة على وجودها ، وافتراض توفرها من غير حاجة الى اثبات أو دليل ، لذلك لم يشترط فيه العمد أو التعدى ، وليس الحال كذلك بالنسبة للمتسبب ، فان أثر أفعاله وما يترتب عليها من ضرر ليس بهذا القدر من الجلاء والظهور ، فعلى حين تتجه الأفعال التى تكون الخطأ ، الى احداث الضرر دون واسطة بينها وبين حدوث النتيجة ، فى المباشر ، نجد أن الأفعال التى يأتيها المتسبب ، وتعد خطأ عقديا ، لا تؤدى مباشرة الى الضرر ، وليس من شأنها ان تحدث النتيجة الضارة دون واسطة ، اذ أن ثمة حلقة أو حلقات ، تفصل بين السبب والنتيجة فيها ، أو بين الخطأ والضرر ، ولهذا السبب تقدم المباشرة على التسبب عند اجتماعها ، ويؤاخذ المباشر على افعاله الضارة،

---

(١) السيوطى ، الاشباه والنظائر ، ص ١٧٩ .

(٢) البغدادى ، مجمع الضمانات ، ص ١٦٥ .

دون البحث والتحرى عن العمدية ، بينما المتسبب يحتاج للمؤاخذة على فعله الضار الى تحرى العمدية والتعدى ، وذلك فى المسئولية الجنائية ، فاذا وجد العمد أو التعدى فانه يلتزم بالضمان ، ومعنى ذلك ، أن المتسبب فى الضرر يكون مسئولا ، حتى توفر لديه العمد ، أما فى المسئولية المدنية ، وتتفرع عنها المسئولية العقدية ، فان العمد والخطأ فيها سواء ، متى ترتب عليه الضرر ذلك أن الخطأ فى حقوق العباد ليس بعذر ، حتى يؤاخذ الخاطىء والناسى بالضمان [1] • فان الضمان فى المال لا فرق فيه بين العمد والخطأ ، اذ أن المال معصوم فى كل •

رابطـة السببية بين الخطأ والضرر

ان رابطة السببية ، هى حلقة الوصل بين الخطأ والضرر ، وهى التى ترتب على كل من الخطأ والضرر أثره ، وسبيل ذلك أن يكون الخطأ هو السبب فى الضرر فيكون الضرر الحادث ، سببه السلوك الخاطىء للعاقد، فاذا كان الضرر ليس بفعل الخطأ الذى ارتكبه العاقد ، وانما كان لسبب آخر ، لا دخل له فيه فتنتفى المسئولية العقدية عن العاقد ، ولا يساءل عن الضرر الذى وقع ، ولهذا السبب تحتل رابطة السببية الركن الثالث، من أركان المسئولية العقدية •

والفرض وجود رابطة السببية بين الخطأ والضرر ، اذ أن الضرر الذى حدث فى العلاقة التعاقدية يكون سببه فى العادة خطأ المدين ، فلولا المسلك الخاطىء للمدين لما حصل الضرر ، على أن هذا الافتراض قابل لاثبات العكس ، ووسيلة ذلك أن يثبت المدين أن الضرر لم يكن بسبب فعله ، وانما حدث بسبب أجنبى ، لا يدله فيـــه •

ومن الأمثلة التى تساق على ذلك ، أن تثبت الشركة الملزمة بتوريد قطع الغيار للمصنع ، أنها عجزت عن الوفاء بتوريد الكمية المتعاقد عليها فى الوقت المحدد ، بسبب نشوب الحرب فى الدولة التى تستورد منها هذا المنتج ، والتى تحتكر انتاجه ، مما استحال معه الوفاء بالتزامها

---

(١) الكاسانى ، بدائع الصنائع ، ج ٤ ، ص ٢١١ .

وأنها لم تدخر وسعا فى سبيل الحصول عليه ، فهذا السبب الاجنبى هو الذى حال بينها وبين تنفيذ الالتزام .

فاذا أثبت المدين ما يدعيه ، من وجود السبب الاجنبى ، الذى منعه من تنفيذ الالتزام ، انتفت عنه المسئولية العقدية ، وعبء الاثبات فى نفى المسئولية العقدية ، بناء على تخلف رابطة السببية ، يقع دائما على عاتق المدين ، لأنه المطالب بالالتزام ، المكلف بأدائه .

ويترتب على ذلك أن الدائن لا يكلف باثبات وجود رابطة السببية ، لأنه هو الأصل والمجرى العادى للامور ، وما كان شأنه كذلك فلا حاجة لاثباته ، ويتعين من ثم لكى ينفى المدين المسئولية العقدية عن الضرر الذى وقع ، أن يثبت وجود السبب الأجنبى ، الذى تسبب فى الضرر ، على هذا نصت م ٢١٥ من القانون المدنى (١) . فما هو السبب الأجنبى؟

المقصود بالسبب الاجنبى :

يقصد بالسبب الأجنبى : كل أمر غير منسوب الى المدين ، أدى الى حدوث الضرر ، الذى لحق الدائن ، ويختلف من ثم عن انعدام الخطأ(٢) وأبرز صوره القوة القاهرة أو الحادث الفجائى ، أو خطأ الدائن ، أو خطأ الغير .

(أ) القوة القاهرة أو الحادث الفجائى : وهو عبارة عن واقعة ، لم تكن فى الحسبان ، وغير متوقعة ، لا يستطيع المدين دفعها ، الأمر الذى يستحيل عليه تنفيذ الالتزام . وأمثلة ذلك الكوارث الطبيعية ، من الزلازل والبراكين أو الفيضانات ، أو حدوث أمر لا يمكن توقعه ، يمنع تنفيذ الالتزام ، مثل عطب الآلات ، أو نفق الماشية لعدوى أصابتها الى غير ذلك .

---

(١) عبارة المادة اذا استحال على المدين ، أن ينفذ الالتزام عينا ، حكم عليه بالتعويض ، لعدم الوفاء بالتزامه ، مالم يثبت أن استحاله التنفيذ ، قد نشأت عن سبب أجنبى لايدله فيه .

(٢) د. محمود جمال زكى ، الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات ، ص ٣٥٩ .

وقد تؤثر القوة القاهرة على تنفيذ الالتزام ، تأثيرا محدودا أو مطلقا ، بحسب الأثر الذى تحدثه ، فقد تؤدى الى وقف تنفيذ الالتزام، وقد تؤدى الى انقضاء الالتزام أو بطلانه ، نتيجة استحالة تنفيذه ، وهو الاثر المطلق للقوة القاهرة •

(ب) خطأ الدائن : هو الخطأ الذى يرتكبه الدائن ، فيؤدى الى عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه ، فاذا كان فعل الدائن يجمع بين عدم امكان توقعه واستحالة دفعه ، فانه يعتبر سببا أجنبيا(١) • مثل أن يقوم الدائن المرتهن بترك الشيء المرهون ، فيستولى عليه آخر ، فلا مسئولية على المدين اذا تأخر تنفيذ الالتزام •

وثمة صور ثلاث فى هذا الفرض ، الأولى : أن يقع الضرر نتيجة خطأ المتعاقد الآخر ، ولا شأن له بخطأ المضرور ، عندئذ تتوافر المسئولية • والثانية : أن يستغرق خطأ المتعاقد خطأ المضرور ، فيسأل هذا المتعاقد فى هذه الحالة أيضا • والثالثة : أن يشترك خطأ المضرور مع خطأ المتعاقد الآخر فى احداث الضرر ، دون أن يستغرق أحدهما الآخر • وعندئذ توزع المسئولية على أساس جسامة الخطأ ، الذى صدر من كل من الطرفين(٢)•

(ج) خطأ الغير : يقصد بالغير الشخص الذى ليس طرفا فى العقد ، ولا يكون المدين مسئولا عنه • فاذا وقع الضرر نتيجة سلوك هذا الغير، فحال دون تنفيذ الالتزام ، أو تسبب فى التأخر فى أدائه ، انتفت مسئولية المدين التعاقدية ، فلا يؤاخذ بالضرر الذى تسبب فيه الغير ، لأنه لا يتحمل خطأ غيره ، اذ أن المرء يسأل عن أفعال نفسه ، ومن ثم لا يسأل عن الضرر الذى أحدثه الغير ، فأثر على تنفيذ التزامه •

هذه أهم صور السبب الأجنبى ، الذى ترتفع بها المسئولية العقدية،

---

(١) د. محمود جمال زكى ، المرجع السابق ، ص ٣٧١ .
(٢) د. عبد الناصر العطار ، نظرية الالتزام ، ص ٢٢٩ .

عن المدين بالالتزام ، رغم وقوع الضرر ، يجمع بينهما انتفاء علاقة السببية بين الخطأ والضرر ، لسبب خارج عن ارادة المدين ، وهو ماينعت بالسبب الأجنبى ، الذى لا يد للمدين فيه ٠

وجود الصلة بين الخطأ والضرر

تقتضى القواعد الاسلامية ، التلازم بين الخطأ والضرر ، لايجاب التضمين ، أو لقيام المسئولية ، وهذا الارتباط الوثيق بينهما ، من نوع ارتباط الأثر بالمؤثر ، والعلة بالمعلول ، والسبب بالنتيجة ، فلا يكفى — ترتيبا على ذلك — وجود المسلك الخاطىء من جانب العاقد ، للقول بوجوب تضمينه ، بل لابد أن يكون هذا المسلك الخاطىء الذى صدر من العاقد ، هو الذى أحدث الضرر ، أو تسبب فيه ٠ ومفهوم ذلك أن مجرد صدور الخطأ عن العاقد فحسب لكن حدث الضرر بسبب آخر غير مسلكه الخطأ ، لا يوجب الضمان ، لأن صلة الضرر بالخطأ ، كصلة العلة بالمعلول ، فاذا وجد الخطأ وجد الضرر ، كالقول بأن العلة تدور مع المعلول وجودا وعدما ٠

والاصل المعول عليه ، أن الضرر فى العلاقة التعاقدية ، يكون ناشئا عن عدم تنفيذ العاقد لالتزامه ، أى أن خطأ المدين هو السبب فى الضرر، فالفرض وجود هذه الرابطة بين الخطأ والضرر ، وهو معنى قول صاحب القوانين الفقهية : فأما ان ادعى — المدين — العدم ، فلا يقبل منه ، لأن الناس محمولون على الملاء ، حتى يثبت عدمهم (١) لكن يلاحظ أن هذا الافتراض ليس مطلقا ، وانما القرينة فيه بسيطة تقبل اثبات العكس ، فاذا كان الدائن بمقتضى ذلك ، لا يكلف باثبات وجود التلازم — أى الرابطة السببية — بين خطأ المدين والضرر الواقع — الا أن هذا الافتراض ليس مطلقا ، لأن القرينة فيه بسيطة ، اذ أن للمدين ، أن يثبت أن الضرر الحاصل ، لم يكن السبب فيه مسلكه الخاطىء ، وانما حدث بسبب آخر ٠

---

(١) ابن جزى ، القوانين الفقهية ، ص ٢٧٢ ٠

ويتأتى هذا فى المعاوضات ، وهى العقود التى يلتزم فيها الطرفين بالوفاء بالتزامه ، كما فى المبيع ، الذى يلتزم فيه البائع بتسليم المبيع ، والمشترى بالوفاء بالثمن ، وضمان كل منهما لالتــزامه ، فاذا اتفــق الطرفان على العوضين المبيع والثمن ، وتعين المبيع بأن وضع بين يدى المشترى ، فأن عليه أن يوفى بالتزامه بدفع الثمن . فاذا لم يتم للمشترى قبض المبيع ، لسبب من جهة البائع ، فتلف المبيع ، فان المشترى لايطالب بدفع الثمن ، لأن المشترى وان كان قد أخطأ فى عدم تسلم المبيع ، الا أن الضرر الذى تمثل فى تلف المبيع ، لا يضمنه المشترى ، لأنه لم يكن بسبب خطئه ، وانما كان بسبب آخر ، وهو اتلاف الأجنبى له ، أو تعييبه ، وقد كان فى حوزه البائع الفعلية ، فترتفع عنه المسئولية ، ولا يجب عليه الضمان ، وينفسخ العقد . وهو ما يدل عليه حكم الفقه فى قوله .. المبيع قبل قبضه من ضمان البائع ، بمعنى انفساخ البيع بتلفه ، وثبوت الخيار بتعييبه ، وباتلاف الأجنبى له ، لبقاء سلطنته عليه ، سواء أعرضه على المشترى ، فلم يقبله أم لا ، نعم ان وضعه بين يديه عند امتناعه برىء فى الأصح ، كما فى الروضة ، وأصلها فى الكلام حقيقة القبض . لكن لو خرج مستحقا ، ولم يقبضه المشترى ، لم يكن للمستحق مطالبته (١) . وقد نصت م ٤٩١ من مرشد الحيران ، على أن : البائع ضامن للمبيع بثمنه عند استحقاقه للغير ، ولو لم يشترط الضمان فى العقد .

ومفاد هذا النص ، أن للمدين بالالتزام وهو المشترى ، أن يرفع المسئولية عن نفسه ، بأن يثبت أن الضرر الذى وقع للمبيع ، فأدى الى تلفه أو تعييبه ، لم يكن من فعله ، وانما كان بسبب ليس من قبله — السبب الأجنبى — فعل الغير ، لذلك فانه لا يلتزم بالضمان ، وهو الثمن هنــا . وبقول آخر ، فانه لولا وجود السبب الأجنبى ، المتمثل فى اتلاف الأجنبى للمبيع ، أو ظهور أنه مستحق لشخص غير البائع ، لوجــب عليه الضمان .

---

(١) الخطيب ، معنى المحتاج ، جـ ٢ ، ص ٦٥ .

والقاعدة التى يؤسس عليها الضمان عند الفقهاء ، هى التعدى ، أو لمكان المصلحة وحفظ الأموال ، ولا شك أن وجود التعدى لا يكون الا بالخطأ المسبب للضرر ، اذ لا يطلق على ملك المدين أنه ضار ، الا اذا كان ثمة خطأ ، ولا يطلق عليه أنه تعدى الا اذا أحدث ضررا ، وبغير ذلك ينتفى التعدى ، وهذا أى التعدى هو الموجب للضمان كذلك فان المصلحة وحفظ الأموال ، هو مبرر وأساس أيضا لوجوب الضمان ، وينتفى هذا الضمان اذا قامت البينة على أن الهلاك — وهو الضرر — من غير سببه(١) ويعنى هذا أنه ليس بفعله ، أو لم يكن نتيجة لخطئه .

ويعتبر من قبيل القوة القاهرة ، وهى من صور السبب الأجنبى — ما يسمى بالجوائح ، وهى ما أصاب الثمرة من السماء مثل البرد والقحط الناتجه عن الظواهر الطبيعية . وتطلق الجوائح ، فى رأى البعض ، على ما كان من صنع الآدميين . وحجه القائلين بأنها من الأمور السماوية قول الرسول — صلى الله عليه وسلم — أرأيت ان منع الله الثمرة ؟ فنسبة الفعل هنا الى الله ، فتخص بالأمور السماوية ، ومن جعلها فى أفعال الآدميين ، شبهها بالأمور السماوية .

والقائلون بالجوائح المالكية ، ويستدلون على ذلك بحديث جابر : أمر رسول الله — صلى الله عليه وسلم — بوضع الجوائح ، فقد قالوا : انه مبيع بقى على البائع فيه حق توفيه ، بدليل ما عليه من سقيه ، الى أن يكمل ، فوجب أن يكون ضمانه منه ، أصله سائر المبيعات ، التى بقى فيها حق توفية (٢) . وهو اعتراف بأثر القوة القاهرة على الالتزام ، وقد ورد فيها حديث جابر الآخر ، أن رسول الله — صلى الله عليه وسلم — قال : من باع ثمرا فأصابته جائحه ، فلا يأخذ من أخيه شيئا ، على ماذا يأخذ أحدكم مال أخيه ؟

---

(١) ابن رشد ، بداية المجتهد ، جـ ٢ ، ص ٢٣٢ .

(٢) ابن رشد ، بداية المجتهد ، جـ ٢ ، ص ١٨٦ ، ١٨٧ . ويخالف الحنفية والشافعية والحنابلة ، فهم لا يقولون بالجوائح ، لان المبيع فيها كسائر المبيعات ، والضمان على المشترى فيها بعد القبض .

ومن هذا نفهم أن عقود المعاوضات ، تكون مضمونه على العاقد ، فاذا ارتكب خطأ سبب ضررا ، وجب عليه الضمان ، ويعفى من الضمان اذا أثبت السبب الأجنبى ، كالقوه القاهرة ، أو فعل الغير ، أو فعل المضرور نفسه ، كما لو كان هو الذى تسبب فى الضرر ، ولم يكن للمدين يد فيه • بل أكثر من ذلك رأينا أن فعل المدين الذى سببه مسلكه الخاطىء ، كما لو كان يغبن فى البياعات مثلا ، أو لا يتخذ الاحتياطات الواجبه ، فيؤدى ذلك الى عدم تنفيذ التزامه ، كالمعسر ، فيجب تأخيره الى أن يوسر ، واذا كان أداؤه لا لتزامه يجحف به ، فيستحب تأخيره(١) ، وهو ما يختلف فيه الفقه الشرعى عن الفقه القانونى •

وبالنسبة لعقود الأمانات كالعارية والوديعة والوكالة وغيرها ، فالأصل أن يد المدين فيها ، يد أمان ، بعكس الحال فى عقود المعاوضات ، فان يد المدين فيها ، يد ، ضمان ، وهو ما يقود الى القول ، بأنه اذا كان للظروف القاهرة ، وفعل الغير ، وكذا فعل المضرور ، — السبب الاجنبى — أثر على المسئولية فيها ، من حيث أنها تعد مانعا من موانع الضمان ، فان الأولى أن يقال ، ان للسبب الأجنبى ، أثر فى رفع المسئولية ، وعدم الضمان ، لأنه اذا كان للسبب الأجنبى ، هذا التأثير ، على عقود المعاوضات ، وهى عقود ضمان فانه بالضرورة يكون له ذات الأثر على عقود الأمانات ، حيث أنها تقوم على الامانه ، وتعرو عن الضمان بحسب الأصل •

والقائلين بأن هذه العقود ، عقود أمانه ، وهى العقود التى يقوم فيها المدين بعمل لمصلحة غيره ، هم الحنفية والمالكية والشافعية والظاهرية ، والزيدية (٢) وخالف الحنابلة ذلك ، وذهبوا الى أن عقود

---

(١) ابن جزى ، القوانين الفقهية ، ص ٢٧١ •

(٢) يقول ابن عابدين عن الوديعة : وهى أمانة هذا حكمها مع وجوب الحفظ والاداء عند الطلب ، واستحباب قبولها ، فلا تضمن بالهلاك ، الا اذا كانت الوديعة باجر أشباه معزيا للزيلعى مطلقا ، سواء أمكن التحرز أم

=

الأمانة تكون مضمونه ، لأن اليد فيها يد ضمان ، فاذا أتلف العين أو أضاعها ، وجب عليه ضمانها ، واستدلوا على ذلك بنصوص ، منها قول

=

لا ، هلك معها شيء ام لا لحديث الدار قطنى : ليس على المستودع غير المغل ضمان . واشتراط الضمان على الامين كا لحمامى والخانى ، باطل ، او به يفتى ، رد المحتار على الدر المختار ، جـ ٥ ، ص ٦٦٤ .

ويقول الامام مالك : من استعار شيئا من العروض ، فكسره أو خرقة ، أو ادعى أنه سرق منه أو احترق ، قال مالك ، فهو ضامن له . قال وان اصابه امر من قبل الله بقدرته ، وتقوم له على ذلك بينه ، فلا ضمان عليه فى شيء من ذلك ، الا ان يكون ضيع أو فرط ، فانه يضمن اذا جاء التفريط أو الضيعة من قبلة ... وقال ابن القاسم قال مالك : فيما تلف من عارية الحيوان عند من استعارها ، ان الامر عندنا ، انه لاضمان على الذى استعارها فيما أصابها عنده ، الا ان يتعدى أمر صاحبها ، أو يخالف الى غير ما أعاره اياها علية . المدونه الكبرى ، جـ ٤ ، ص ٣٦١ .

ويقول الشيرازى عن الوكاله : والوكيل أمين فيما يدة من مال الموكل فان تلف فى يده من غير تفريط ، لم يضمن ، لانه نائب عن الموكل فى اليد والتصرف ، فكان الهلاك فى يده كالهلاك فى يد الموكل ، فلم يضمن . وان وكلة فى بيع سلفة وقبض ثمنها ، فباعها وقبض ثمنها ، وتلف الثمن : واستحق المبيع ورجع المشترى بالثمن على الموكل ، لان البيع لهفكان الرجوع بالعهدة عليه ، كما لوباع بنفسه . المهذب ، جـ ١ ، ص ٤٦٩ ، ٤٧٠ .

ويقول ابن حزم فى العارية : والعارية غير مضمونه ان تلفت من غير تعدى المستعير وسواء ماغيب عليه من العوارى ، فان قامت بذلك بينة ، أو اقر ضمن بلا خلاف ، وان لم تقيم بينة ولا أقر لزمنة العين وبرىء ، لانه مدعى عليه ، وقضى رسول الله — صلى الله عليه وسلم — باليمين على المدعى عليه . المحلى ، جـ ٩ ، ص ١٦٩ .

ويقول ابن مفتاح فى الوكالة وما لزمه كثمن المشترى أو تلف فى يده ، نحو أن يأمر بشراء شىء ويعطيه ثمنة ، فيتلف الثمن الاصل غرامة ذلك الثمن الذى تلف فى يده وكذلك لو كان وكيلا بالمبيع فباع وقبض الثمن ، فضاع ذلك الثمن فى يده ، ثم رد عليه ذلك المبيع بعيب بحكم او تلف ذلك المبيع فى بيده قبل تسلمه ، وقد كان قبض الثمن فضاع ، فانه يلزمه الموكل غرامة الثمن فى الطرفين جميعا ، اذا كان الوكيل عاملا بغير أجر ، واما اذا كان مستأجرا على ذلك فالضمان عليه الا ان يتلف بأمر غالب . شرح الازهار ، جـ ٤ ، ص ٢٤٨ ، ٢٤٩ .

الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ العارية مؤداة ، والدين مقضى ، والمنحة مردودة ، والزعيم غارم .. ولأن اليد فيها يد ضمان ، فـلا يزول عنها(١) .

وعلى قول جمهور الفقهاء ، يتضح أن القوة القاهرة ، أو فعـل الغير ، أو فعل المضرور نفسه ـ وهى من صور السبب الأجنبى ، تعد مانع مسئولية ، فلا يضمن المدين فيها ، لأن اليد فيها أمانة ، فيسقط الضمـان .

وعلى رأى القائلين بأن اليد فيها ، يد ضمان ، فان هذا لا ينفى أثر السبب الأجنبى ، فاذا حدث الهلاك أو الضياع من غـير تفريط ولا افراط من جانبه ، بفعل أمر سماوى ، أو بفعل شخص آخر ، فليس عليه ضمان ، لأن الضمان يجب بالتقصير أو التعدى ، ولم يوجـد واحد منهما ، بل ان التزامه هنا هو بذل عناية ، لاتحقيق نتيجة ، ولأنه على فرض حدوث الخطأ من جانبه ، فان الضرر ، الكامن فى الهـلاك أو الضياع ، ليس ناشئا عن خطئه ، وانما مرده الى فعل السماء أو فعل الغير ، فلم يوجد التلازم بين الخطأ والضرر ، وليس ثمة صله بين فعل المدين والنتيجة الضارة ، وبمعنى آخر ، لم تتوفر علاقة السببيـة بين الخطأ والضرر ، فينتفى الضمان ، وتمتنع المسئولية .

---

(١) يقول ابن قدامة : والعارية مضمونه ، وان لم يتعد فيها المستعبر.. ويستدل على ذلك بقول النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ فى حديث صفوان وروى الحسن عن سمره عن النبى ـ صلى الله عليه وسلم ـ انه قال : على اليد ما اخذت حتى تؤديه رواه ابو داود والترمذى . وقال حـديث حسن غريب . ولانه اخذ ملك غيره لنفع نفسه منفردا بنفعه من غير استحقاق ، ولا اذن فى الاتلاف فكان مضمونا كالغاصب . والماخوذ على وجه السوم المغنى ، ج ٥ ، ٢٢١ .

ويقول فى الاجازة : ومن اكترى دابه الى موضع فجاوزه فعليه الاجرة المذكورة ، واجرة المثل لمـا جاوز ، وان تلف فعليه ايضا قيمتها المغنى ، جـ ٥ ، ص ٥٠٠

بين الفقه الاسلامى والفقه المدنى :

والملاحظ على مقومات الضمان ، فى النظرية الاسلامية ، أنها لم تفرد هذه المقومات ، فى عناصر محددة ، كما هو الحال فى القانون المدنى ، التى حددت أركان المسئولية فى ثلاثة : الخطأ والضرر ، وعلاقة السببية بينهما . لكن المستقرئ لنصوص الشريعة الاسلامية ، الخاصه بمطل الدين ، ورد العارية وغيرها ، يجد هذه العناصر ظاهرة البيان ، كما يجد الباحث فى الفروع الفقهية فى أبواب العقود ، مقومات ضمان العقد ، وهى وان لم تكن مذكورة نصا فان هذا راجع الى اختلاف الصياغة ، فى الفقه الاسلامى ، عنه فى الفقه الوضعى .

وقد استتبع ذلك ، اختلاف المصطلحات المستخدمة للتعبير عن هذه المقومات ، فى كل من الفقهين ، نخص منها ركن الخطأ العقدى ، فعبارة الفقه الاسلامى تستخدم بدلا منه ، عدم تنفيذ العقد ، وهو تعبير أدق فى المعنى ، لان عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدى ، يعتبر خطأ موجبا للمسئولية ، لذلك يفضل البعض ، فى الفقه القانونى الحديث ، عبارة ، عدم تنفيذ الالتزام ، على اصطلاح الخطأ العقدى[1] . وهو التعبير المقرر فى الفقه الاسلامى .

---

(١) د. محمود جمال زكى ، الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات ، ص ٣٣٢ .

الفصل الثانى

أقسام الضمان بحسب طبيعة العقود

تمهيـــــد :

تنضبط العقود فى الفقه الاسلامى ، بالضوابط الشرعية ، وتخضع لها فى ترتيب آثارها ، وفى ذات الوقت ، فان ارادة المتعاقدين ، هى التى اتجهت الى ابرام العقد ، وأخرجته الى حيز الوجود ، بقبولها لموجباته ، والتزامها بأحكامه ومقرراته ، وقد عبر الفقه عن ذلك بقوله : ان العقود أسباب جعلية ، يرتب عليها الشارع أحكامها والآثار الناشئة عنها ويقتصر دور أطراف التعاقد فيها على الابرام • ذلك أن العقود أسباب فى (اباحة الانتفاع أو انتقال الأملاك)(١) • اذ أن المسببات ترتبط بأسبابها شرعا، ولا وجود للنتائج بدون الأسباب •

وطبقا لهذا النظر رسم الفقه نظاما قانونيا للعقود ، وأحاطها بسياج من القيود ، وغاير فى موجب الضمان حسب طبيعة العقد والمحل الذى يرد عليه ، لكنه لم يهمل ارادة المتعاقدين ، ولم يغفل ما اتفقا عليه ، اذ الأصل الوفاء بالعقود ، واحترام التعهدات ، واعتبر ذلك أصلا من أصول المعاملات فيه ، يجب على المتعاملين مراعاتها ، والتقيد بموجباتها، على أن يمارس المتعاقدان حقهما فى ذلك ، فى نطـــاق قاعدة الحـــلال والحرام ، اذ يصح القول بأنها تشكل النظام العام الاسلامى ، الذى لا يجوز مخالفته أو الخروج عليه •

---

(١) الشاطبى ، الموافقات ، ج ١ ، ص ١٨٥ •

ان تطبيق هذه القاعدة ، يعم العقد فى مراحله المختلفة ، لأن العقود مبناها التراضى ، والتراضى يعتمد الارادة الصحيحة ، الملزمة بالاحكام المنظمة للعقد شرعا ، ومتى كان الامر كذلك ، فان الشرع يعتمد هـذه الارادة ، ويرتب عليها آثارها ، وفى خصوص الضمان ، نجد أن هذا يتجلى فى الاعتراف بما ينص عليه المتعاقدان فى العقد ، والتأكيد على الالتزام به بل ان هذا هو الأصل العام فى المسئولية العقدية ، فان ضمان العقد ، أساسه ما اتفق عليه المتعاقدان ، وعلى حد تعبير السـيوطى : المضمونات أقسام ، أحدها : ما يضمن ضمان عقد قطعا ، وهو ما عين فى صلب عقد بيع أو سلم أو اجارة أو صلح • الثانى : ما هو ضمان يد قطعا كالعوارى والغصوب ونحوها • الثالث : ما فيه خلاف ، والاصح أنه ضمان عقد كمعين الصداق والخلع ، والصلح عن الدم ، وجعل الجعالة(١)• فضمان العقد ضمان يتحرى ارادة المتعاقدين ، ويتقيد بها ، ويندرج تحته العديد من العقود والمعاملات الشرعية ، لأنه التصرف القانونى ، الذى يتم بالارادة المحضة يرتب عليه الشرع أثره ، فكان النص فى العقد ، أو الاشتراط فيه موجب للضمان ، فكما يكون الموجب للضمان الالتزام العقدى ، يتأتى بالشرط (٢) أيضا •

الضمان العقدى اما أن يكون مقصود أصاله أو تبعا :

يظهر من استقراء العقود فى الشرع ، أن من العقود ما يفيد الضمان بطريق الاصل فى الوضع الشرعى ، ومنها ما يفيد الضمان تبعا للمقصد الاصلى للعقد الذى لم يوضع لقصد الضمان • وهو ما يحتاج الى بعض البيان ينشأ الضمان عن الالتزام العقدى ، وهو الالتزام الذى منشؤه التصرف القانونى عقدا كان أو التزاما بالارادة المنفردة ، على أن العقود بحسبانها مصدرا للالتزام العقدى ، ليست سواء ، فان منها ما يرتب الضمان قصدا ، لكونه وضع بحسب الاصل للضمان ، فيكون الضمان

---

(١) السيوطى ، الأشباه والنظائر ، ص ٣٩٠ •

(٢) الشرط ، ما يتوقف عليه الحكم ، وليس بعلة الحكم ، ولا يجزء لعلته ، العز بن عبد السلام ، قواعد الاحكام ، ج٢ ص ١٠٥ •

هو الحكم الذى يوجبه العقد فى الشرع ، ومن العقود ما يرتب الضمان لاقصد أو انما تبعا ، اذ لم يوضع بحسب الوضع الشرعى للضمان ، وانما يترتب الضمان كأثر للحكم الذى يوجبه • والفرق بين النوعين أن الاول من العقود ، يتقرر الضمان فيه بحكم العقد ، فيوجب على الملتزم فيه الضمان ، أيا كان محله دينا كان أم عينا ، أم منفعة ، أم عملا • بينما النوع الثانى من العقود ، يتقرر الضمان فيه ، كنتيجة مترتبة على حكمه ، وفى مرحلة تاليـــة على ثبوت موجبـــه ولنشرع فى ايراد بعض التفصيل لهذا الاجمال •

العقود المقررة للضمان بحسب أصل الوضع الشرعى :

وضع الشارع الاسلامى ، بعض العقود لاجـــل الضـــمان وتوثيق الالتزام وتأمينه من الضياع والفوات على صاحبه ، حتى أنه يطلق عليها التوثيقات والضمانات فى المصطلح الفقهى ، وهى الكفالة والرهن والشهادة (١) ، فهذه التصرفات تقررت للوفاء بالالتزامات ، وتأكيدا وتوثيقا لحصول الدائن على حقه من الملتزم فيها ، ذلك أن الضـــمان يعنى : الالتزام بحق ثابت فى ذمة الغير ، أو احضار من هو عليه الحق ، أو عين مضمونه ، فنقتصر على الكفالة والرهن (٢) •

الكفالة ضمان بالعين والدين :

الكفالة من عقود الضمان ، ونطاق الضمان فيها يرد على الدين والعين والنفس ، ذلك أن الالتزام المكفول به فيها ، قد يكون دينا أو عينا أو

---

(١) السيوطى ، الأشباه والنظائر ، ص ٣٠٨ ويقول فى ذلك : الوثائق المتعلقه بالأعيان ثلاثة : الرهن ، والكفيل والشهادة .
فمن العقود ما يدخله الثلاثة : كالبيع والسلم والقرض .
ومنها ما يدخله الشهادة دونهما ، وهو المساقاة ، حزم به المـــاوردى ، ونجوم الكتابة . ومنها ما تدخله الشهادة والكفالة دون الرهن ، وهو الجعالة .
ومنها ما يدخله الكفاله دونهما ، وهو ضمان الدرك .

(٢) لان موضع البحث هو ضما ن‌العقد ، والضمان فى الشهادة سببه اتلاف المـــال أو النفس بالشهادة ، لأن الضمان فى الشرع انما يجب اما بالالتزام أو الاتلاف ، ولم يوجد الالتزام ، فيتعين الاتلاف فيها سببا لوجوب الضمان . الكاسانى ، بدائع الصنائع ، جـ ٦ ، ص ٢٨٣ .

نفسا أو فعلا ليس بدين ولاعين ولا نفس • فكفالة الدين ، تقتضى أن يضمن الكفيل المدين وهو شخص آخر ، ويترتب عليه ، أن تنشغل ذمة الكفيل بالدين ، كما انشغلت به ذمة المدين • والكفالة بالعين تصح فى العين المضمونة وهى اما مضمونة كالمغصوب والمقبوض بالبيع الفاسد ، والمقبوض على سوم الشراء ، واما مضمونة بغيرها كالمبيع قبل القبض والرهن ، فلا تصح الكفالة فيها • لأن المبيع قبل القبض مضمون بالثمن لا بنفسه ، ألا ترى أنه اذا هلك فى يد البائع لا يجب عليه شىء ، ولكن يسقط الثمن عن المشترى وكذا الرهن غير مضمون بنفسه ، بل بالدين ، ألا يرى أنه اذا هلك لا يجب على المرتهن شىء ، ولكن يسقط الدين عن الراهن بقدره • وانما صحت الكفالة فى العين المضمونة بنفسها ، لأن الضمان ينبع من ذاتها ، ألا ترى أنه يجب رد عينه حال قيامه ورد مثله أو قيمته حال هلاكه ، فيصدر مضمونا على الكفيل على هذا النحو كذلك •

وقد تكون العين المكفول بها ، أمانة ، أى من عقود الامانات ، وهذه لاتصح الكفالة بها ، سواء كانت غير واجبة التسـليم كالودائع ومال الشركات والمضاربات ، أو كانت واجبة التسليم كالعارية والمستأجر فى يد الأجير ، لأنه أضاف الكفالة الى عينها ، وعينها ليست مضمونة •

والكفالة بالفعل ، هى أن يكون الالتزام المكفول به ، هو فعل التسليم مثل تسليم المبيع والرهن ، فتجوز الكفالة ، لأن المبيع مضمون التسليم على البائع والرهن مضمون التسليم على المرتهن فى الجملة بعد قضاء الدين ، فكان المكفول به مضمونا على الأصيل ، وهو فعل التسليم ، فصحت الكفالة به (١) •

---

(١) الكاسانى ، بدائع الصنائع ، ج ٦ ، ص ٧ •

والكفالة بالنفس جائزة ، وتختلف عن سابقتها من حيث أن المكفول به فيها ، هو النفس ، اذ يلتزم الكفيل باحضار من عليه الحق ، فالشخصية الانسانية فيها محل اعتبار ، وهى كفالة بتسليم النفس ، وهو جائزة عند الحنفية ، وغير جائزة عند الشافعية من غير اذن المكفول به ، لأنه اذا تكفل به من غير اذنه ، لم يقدر على تسليمه (١) •

الرهن ضمان بالعين :

يضمن الرهن الدين ، ويتقرر حقا للدائن ، ليعينه على استيفاء دينه، بحبس العين المرهونة فى يده ، ليستوفى من ثمنه ، ان تعذر الاستيفاء من المدين •

ومحل الرهن هو العين المرهونة ، فان المرتهن يأخذها وثيقة ليستوفى من ثمنها ، والى هذا ذهب الفقهاء ، لكن هل يجوز رهن الدين ؟ أجاز مالك رهن ما لم يتعين كالدنانير والدراهم ، اذا طبع عليها ، لأنها تصلح أن تكون ضامنه للدين •

والضمان فى الرهن ، يصح فى جميع الأثمان الواقعة فى جميع أنواع البيوع ، الا الصرف ورأس المال فى السلم المتعلق بالذمة ، لأن الصرف من شرطه التقابض ، وكذلك رأس مال السلم ، وهذا عند مالك ، فيجوز أخذ الرهن فى السلم وفى القرض وفى الغصب وفى قيم المتلفات ، وفى أروش الجنايات فى الأموال ، وفى جراح العمد الذى لا قود فيه ، ويجوز الرهن فى العارية المضمونة ، ولايجوز فى العارية غير المضمونة ، ويجوز أخذه فى الاجارات ، ويجوز فى الجعل بعد العمل ، ولا يجوز قبله ، ويجوز الرهن فى المهر (٢) •

---

(١) الشيرازى ، المهذب ، جـ ١ ، ص ٤٥٢ .

(٢) يعرف الرهن لغة بالثبات ، والدوام ، والحبس ، قال تعالى : « كل امرىء بما كسب رهين » ويعرف شرعا بأنه : المـــال الذى يجعل وثيقة بالدين ، ليستوفى من ثمنه ، ان تعذر استيفاؤه ممن هو عليه . ابن قدامه ، المغنى ، جـ ٤ ، ص ٣٦١ .
ابن رشد ، بداية المجتهد ، جـ ٢ ، ص ٢٧٢ ، ٢٧٣ ، ٢٧٤ .

ويصح الرهن بعد نشؤ الحق ، لأن الدين ثابت ، فتدعو الحاجة الى أخذ الوثيقة به كالضمان ، ولأن الله تعالى قال : وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة » فجعله بدلا عن الكتابة ، فيكون فى محلها ، ومحلها بعد وجوب الحق • وفى قوله تعالى اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه » ما يدل على ذلك ، فقد جعله جزاء للمداينة مذكورا بعدها بفاء التعقيب •

ويصح الرهن أيضا مقرونا بالعقد الموجب للدين ، مثل أن يبيع منزله بشرط أن يرهنه سيارة ، لأن الحاجة داعية الى ثبوته ، فانه لو لم يعقده مع ثبوت الحق ، ويشترط فيه ، لم يتمكن من الزام المشترى عقده •

أما جواز الرهن قبل نشوء الحق ، مثل قوله رهنتك دراجتى هذه ، بألف تقرضنيها ، فلا يصح فى ظاهر مذهب أحمد ، وهو مذهب الشافعى، ويجوز فى مذهب أبى حنيفة ومالك ، لأنه وثيقة بحق ، فجاز عقدها قبل وجوبه كالضمان ، أو فجاز انعقادها على شىء يحدث فى المستقبل كضمان الدرك • وتعليل مذهب أحمد ، أنه وثيقة بحق لا يلزم قبله ، فلم تصح قبله كالشهادة ، ولأن الرهن تابع للحق فلا يسبقه كالشهادة ، والثمن لا يتقدم البيع ، وأما الضمان فيحتمل أن يمنع صحته • وان سلمنا فالفرق بينهما أن الضمان التزام مال تبرعا بالقول ، فجاز من غير حق ثابت كالنذر بخلاف الرهن (١) • فثبت من ذلك ، أن الكفالة والرهن ، موضوعان لافادة الضمان ، وثمة فرق بينهما ، لأن الضمان فى الكفالة يكون بضم ذمة الى ذمة أخرى فيقع الالتزام بالوفاء على عاتق المدين والكفيل ، وفى الرهن يكون الضمان فى العين المرهونة التى أخذها المرتهن ، وحبسها فى يده • ومن وجه آخر ، فان الضمان فى الكفالة أوسع نطاقا ، وأبعد أثرا منه فى الرهن ، لأن الكفالة تضمن الالتزام بالدين والعين والعمل والنفس ، أما الرهن ، فانه يضمن الالتزام الذى محله دينـــا

---

(١) ابن قدامة ، المغنى ، جـ ٤ ، ص ٣٦٣ ، ٣٦٤ .

أو عينا مضمونة ، حيث تشغل به ذمة المدين فيسلم للدائن العين وثيقة ليستوفى من ثمنها دينه عند التعذر أو، من منفعتها (١)

العقود المقررة لحكم غير الضمان ويأتى الضمان تبعا

شرعت العقود لتحقيق مصالح حاجية للانســان ، تتمثل فى ســد احتياجاتهم وتيسير معاملاتهم ، وهو السبب فى اجازة المعاملات المختلفة من بيع ورهن واجارة ووكالة وكفالة وشركة ومضاربة وحوالة ، وقرض ووديعة وعارية وجعالة ومزارعة ومساقاه وغيرها . فهذه العقود تفيد حكما معينا ، فمنها ما يفيد نقل الملكية من مالك الى آخر كالبيع والهبة والوصية والميراث والشفعه ، ووضع اليد على الشىء المباح الاستيلاء » .

---

(١) وقد عرض صاحب مرشد الحيران لتقنين هذه الأحكام فى كتاب الكفالة ، والرهن . نجتزى منها فى الكفالة نص م ٨٢٢ : الكفالة هى ضـم ذمة الكفيل الى ذمة الأصيل فى المطالبة بنفس أو دين أو عين . والمــادة ٨٢٥ ونصها : يشترط أيضا لصحة الكفالة ان يكون المكفول به مضمونا على الأصيل دينا أو عينا أو نفسا معلومة وان يكون مقدور التسليم من الكفيل .

ونكتفى فى الرهن ينص م ٩٥٣ : عقد الرهن هو جعل شيىء مــالى محبوسا فى يد المرتهن أو فى يد عدل بحق مالى ، يمكن استيفاؤه منه كــلا أو بعضــا .

وتنص م ٩٥٥ على أنه : يشترط فى مقابل الرهن ، أن يكون دينا ثابتا فى الذمة أو موعودا به ، أو عينا من الأعيان المضمونه ، فلا يصــح الرهن بالأمانــات .

كما عالج المشروع بقانون المعاملات المدنية طبقا للشريعة الاســلامية الكفاله والرهن ، ففى الكفالة نص فى م ٧٧٤ على أن الكفالة عقد تضــم بمقتضاه ذمة الى ذمة فى المطالبة بتنفيذ التــزام .

وبالنسبة للرهن ، فقد أخذ باتجاه القانون المدنى ، فى تقسيمه الرهن الى رهن رسمى ورهن حيازى . وعرف الرهن الرسمى فى م ١٠٣٣ : الرهن الرسمى حق عينى يتقرر للدائن بمقتضى عقد على عقــار ، مخصص لوفاء دينه ، فيكون له بمقتضاه ان يتقدم على الدائنين العاديين ، والدائنين التالين له فى المرتبة فى استيفاء دينه من المقابل النقدى للعقار فى أى يد يكون . أمــا م ١٠٨٧ فقد عرفت الرهن الحيازى بأنه : حق عينى يتقرر للدائن بمقتضى عقد على منقول مخصص لوفاء دينه يسلم اليه أو الى عدل يعينه المتعاقدان ، فيكون له بمقتضاه أن يحبس المنقول لحين استيفاء الدين وأن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة فى استيفاء دينه من المقابل النقدى لذلك المنقول فى أى يد يكون .

ومن العقود ما يفيد ملك المنفعة كالاجارة والعارية والزواج (١) •
ومن العقود ما يرد على العمل كالوكالة واجـازة الأشـخاص وشركة الأعمال ، ومن العقود ما يفيد تنمية المال واستثماره كالشركة والمضاربة والمزارعة والمساقاة واحياء الموات ، ومن العقود ما يفيد حفظ المال ، ورده الى مالكه ، وهى الوديعة والقرض والعارية ، فهذه العقود تفيد حكما آخر بحسب قصد المتعاقدين ، ووضع الشارع ، ويأتى الضمان لاحقا على الحكم الأصلى ، وأثرا لازما له •

ففى عقد النكاح على سبيل المثال ، المقصود منه سكن كل من الزوجين الى صاحبه ، فى ظلال من المودة والرحمة ، رغبة فى تحصيل الولد واعمار الكون ، ويعطى لكل منهما حقوقا فى مواجهة الآخر ، فينتفع الزوج ببضع المرأة ، ويحل له الاستمتاع بمقتضاه ، ويلتزم فى مقابل ذلك بدفع المهر ، ويجب عليه ضمان المهر جميعه بالدخول بالزوجة ، أو بالموت اتفاقا ، كما يجب عليه نصفه بالطلاق قبل الدخول • فالضمان المقرر فى العقد ، ليس مقصوده الأصلى ، وانما وجب الضمان مترتبا على حكم العقد ، وأثرا لازما له •

كذلك فان القصد من عقد الاجارة ، أن يتملك المستأجر المنفعة ، ويتملك المؤجر الأجرة ، فاذا كان ثمة ضمان ، نتيجة التعدى أو التقصير ، فانه نتيجة لحكم العقد وأثر من آثاره ، فضلا عن أنه بمقتضى العقد ، يستحق المستأجر الانتفاع بالعين المؤجرة ، ويستحق المؤجر الأجرة كاملة باستيفاء المنفعة ، كتأجير منزل للسكنى ، أو بأداء العمل فى اجاره الأشخاص ، فان الأجرة تجب ، للمؤجر وللعامل ، ويجبر المسـتأجر

---

(١) يوضح ابن رجب حكم بعض العقود بقوله : كل من ملك شيئـا بعوض ، ملك عليه عوضه فى آن واحـد ، ويطرد هذا فى البيع والسـلم والقرض والاجارة ، يملك المستأجر المنافع والمؤجر الأجرة بنفس العقد ، وكذلك فى النكاح فى ظاهر المذهب ، فيملك الزوج منفعة البضع بالعقد ، وتملك المـرأة به الصداق ، وكذلك الكتابة تملك العبد منافعه والكتابه ، وتملك عليه النجوم بنفس العقد ، وكذلك الخلع والاعتاق على مال ، وكذلك المعاوضات القهرية كأخذ المضطر طعام الغير ، وأخذ الشفيع الشقص ونحوهما .

القـواعد ، ص ٦٩ .

وصاحب العمل على تنفيذ التزامه العقدى ، وهذا الضمان لم يثبت كحكم للعقد ، وانما وجب كأثر للحكم الواجب بالعقد ، أو نشأ عن الالتزام الذى يفرضه العقد •

الاشتراط فى العقد

ان اتجاه ارادة أحد الطرفين فى العقد ، الى اشتراط شرط فى العقد ، يترتب عليه الضمان ، هو جزء لا يتجزأ من العقد ، فان المبدأ العام أن المسلمين عند شروطهم ، الا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا ، وقد ضبط الفقهاء الاشتراط فى العقد ، لكى تتحقق الغاية من التعاقد ، وتتأتى المصلحة فيه •

وضابط ذلك عند الحنفية ، أن الشرط يعد صحيحا اذا ورد الشرع بجوازه ، كما فى شرط الخيار ، فانه جائز بقول الرسول ـــ صلى الله عليه وسلم ـــ لحبان بن منقذ وكان يغبن فى البياعات : اذا ابتعت فقل لاخلابه ، ولى الخيار ثلاثة أيام • أو أن يكون الشرط قد جرى به العرف كبيع نعل مع شرط تشريكه ، أو بيع آله بشرط صيانتها ، أو يكون الشرط مما يقتضيه العقد ، وهو الشرط الذى يجب بالعقد من غير شرط مثل اشتراط تسليم المبيع ، أو يكون الشرط ملائما لما يقتضيه العقد ، وهو الذى يؤكد موجب العقد ، مثل اشتراط صفة فى المعقود عليه ، فاذا كان الشرط لايقتضيه العقد ، لكن يلائمه ، كشرط رهن معلوم ، وكفيل حاضر (١) فهو صحيح لأنه من باب توثيق العقد ، وضمان الثمن ، وفيه نفع لأحد العاقدين ، فهو مفيد لاشتراطه فى العقد • فاذا كان الشرط على أى من هذه الصفات ، فهو شرط جائز ، يجب الوفاء به ، ولا يجوز مخالفته •

وتنقسم الشروط عند المالكية ، الى ثلاثة أقسام : شروط تبطل ويثبت البيع ، وقد يظن أن عنده قسما رابعا ، وهو أن من الشروط ما ان تمسك

---

(١) ابن عابدين ، رد المحتار ، ج ٥ ، ص ٨٧ .

المشترط بشرطه بطل البيع ، وان تركه جاز البيع ، وكما يقول ابن رشد ، فان اعطاء فروق بينه فى مذهبه بين هذه الأصناف الأربعة عسير ، وقد رام ذلك كثير من الفقهاء ، وانما هى راجعه الى كثرة ما يتضمن الشروط من صنفى الفساد الذى يخل بصحة البيوع ، وهما الربا والغرر والى قلته ، والى التوسط بين ذلك ، أو الى ما يفيد نقصا فى الملك ، فما كان دخول هذه الاشياء فيه كثيرا من قبل الشرط أبطله وأبطل الشرط ، وما كان قليلا أجازه وأجاز الشرط فيها ، وما كان متوسطا أبطل الشرط وأجاز البيع (١) وشرط الضمان يعرو عن الربا والغرر ، فيكون جائزا .

وعند الشافعية ، يعتبر الشرط صحيحا ، ان كان شرطا يقتضيه العقد، كالتسليم والرد بالعيب ، وما أشبهها ، فلا يبطل به العقد ، لأن شرط ذلك بيان لما يقتضيه العقد . فان شرط ما لا يقتضيه العقد ، ولكن فيه مصلحة كالخيار والاجل والرهن والضمين ، لم يبطل العقد ، لأن الشرع ورد بذلك ، ولان الحاجة تدعو اليه ، فلم يفسد العقد (٢) . بذلك ، ومن ثم يكون العقد صحيحا ، ويتعين الوفاء بالشرط .

---

(١) ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج ٢ ، ص ١٦٠ . ويفصل ذلك بقوله : ان الشرط فى المبيع يقع على ضربين أولين . أحدهما ، أن يشترطه بعد انقضاء الملك ، مثل ان يبيع الأمه أو العبد ، ويشترط انه متى عتق كان له ولاؤه دون المشترى ، فمثل هذا قالوا : يصح فيه العقد ويبطل الشرط لحديث بريره . والقسم الثانى : أن يشترط عليه شرطا يقع فى مدة الملك وهذا ينقسم الى ثلاثة أقسام : اما أن يشترط فى المبيع منفعة لنفسه ، واما أن يشترط على المشترى منعا من تصرف عام أو خاص ، واما أن يشترط ايقاع معنى فى المبيع . وهذا أيضا ينقسم الى قسمين : أحدهما أن يكون معنى من معانى البر ، والثانى ان يكون معنى ليس فيه من البر شىء فأما اذا اشترط لنفسه منفعة يسيرة لا تعود بمنع التصرف بين أهل البيع ، مثل أن يبيع الدار ويشترط سكنا ما مدة يسيره مثل الشهر ، وقبل السنة ، فذلك جاز على حديث جابر ، وأما أن يشترط منعا من تصرف خاص أو عام ، فذلك لا يجوز لأنه من الثنيا ، مثل ان يبيع الامةعلى الا يطأها أو لا يبيعها . واما أن يشترط معنى من معانى البر مثل العتق . فان كان الشرط تعجيله جاز عنده ، وان تأخر لم يجز لعظم الغرر فيه . ص ١٦١ . انظر كذلك : الشيخ عليش ، فتح العلى المالك ، ج ١ ، ص ٣٣٨ .

(٢) الشيرازى ، المهذب ، ج ١ ، ص ٣٥٦ .

ويذهب الحنابلة الى أن الشرط متى أمكن تصحيحه ، فيجب تنفيذه على الوجه المتفق عليه ، اذ لا يجوز الغاؤه مع امكان تصحيحه ، لقول النبي — صلى الله عليه وسلم — المسلمون على شروطهم • فيلزمه الوفاء به ، لأنه مقصود بالعقد ، ولأن له غرضا صحيحا من وراء اشتراطه ، اذ لولا الشرط ، لما رضي ابرام العقد • وقد توسع ابن تيميه وابن القيم (١) فى حواز الاشتراط فى العقود ، وخولوا للمتعاقدين ، حرية كبيرة وأمضيا ما أقرته الارادة ، الى حد القول ، بأن الشروط اعتبرت من صنع العاقد ، حيث تركا مساحة واسعة لحرية الاختيار من جانب العاقدين •

أما المذهب الظاهرى ، فلا يجيز الاشتراط فى العقد ، لأنه يتضمن ايجاب مالا يجب وزيادة على مقتضى العقد ، حيث يشتمل على اباحة مال لم يجب فى العقد ، أو ايجاب عمل ، أو لمنع من عمل ، والعمل يكون بالبشرة أو بالمال فقط ، وكان ذلك حرام بالنص ، قال رسول الله — صلى الله عليه وسلم — ان دماءكم وأموالكم وأبشاركم عليكم حرام ، وأما المنع من العمل ، فان الله تعالى يقول : لم تحرم ما أحل الله لك ، فصح

---

(١) يقول ابن تيمية : والمقصود ان شريعتنا — التى هى اكمل الشرائع — تضمنت أن أحدا ، لا يحرم الاما حرمه الله ورسوله ، ومن حرم على نفسه شيئا غير ذلك أجزاه كفارة يمين اما مطلقا ، واما فى بعض المواضع ، وكان له أن يفعل ما أحله الله بلا ريب ، وهذا مما يدخل فى معنى قوله — صلى الله عليه وسلم — المؤمنون عند شروطهم ، الا شرطا أحل حراما ، أو حرم حلالا . فان قيل : فقد ذكرتم فى العقود التى بين الناس ، كالبيع والاجارة والنكاح : انه اذا شرط ما كان مباحا له أن يفعله بدون العقد ، فقد لزم بالشرط ، وذلك الشرط تضمن تحريم ما كان مباحا له ؟ قيل : ذلك يلزم اذا كان للمشترط فيه غرض صحيح ، مثل اشتراط البائع الانتفاع بالبيع مدة ، واشتراط المرأه دارها . وايضا فالمشترى انما كان يستحق أن ينتفع بالمبيع ، والزوج أن يسافر بالمراه ، اذا كان العقد مطلقا ، لأن العقد تضمن ذلك . فأما اذا شرط عليه انه لا يفعل ذلك ، فلم يعقد له البائع والمراة على ذلك ، فلم يملكه ، فلم يكن ذلك مباحا له ، يتضمن الشرط تحريم حلال فى هذا العقد ولكن ما كان حلالا له بدون العقد ، وهو ترك السفر واعارة المنافع ، فقد يجب بالعقد ، فان جميع ما يشترطه المتعاقدان هو من هذا الباب .

نظرية العقد ، ص ٢٤ ، ٢٥ .

بطلان كل شرط جملة الا شرطا جاء النص من القرآن أو السنة الواجبة باباحته (١) •

ويصحح المذهب الزيدى الضمان فى العقد ، ويلزم العاقد الوفاء به ، ففى عقد البيع للبائع أن يشترط فى المبيع كفيلا أو رهنا ، ويرتب جزاء على عدم تنفيذ الشرط ، ويختلف الضمان بحسب ما اذا كان رهنا أو كفالة، فان امتنع من تسليم الرهن أجبر عليه ، وان امتنع الكفيل فللبائع الفسخ (٢) •

ومن ذلك نعلم أن اشتراط الضمان فى صلب العقد ، جائز عند الفقهاء ما عدا الظاهرية ، لأنه دلت عليه نصوص صريحة فى مثل قوله تعالى : « وأوفوا بالعهد ، ان العهد كان مسئولا » وقول الرسول : المسلمون عند شروطهم » ولأنه شرط ملائم للعقد ، وفيه نفع للدائن استثياقا للحصول على دينه ، واستقرارا للعقد ، وقد رتبوا على ذلك ، وجوب الوفاء بالشروط ، وللدائن أن يجبر المدين بالالتزام ، على تنفيذ الشرط ، وله أن يفسخ العقد ، بتحلله ما الرابطة العقدية ، بما توجيه عليه من تعهدات والتزامات ، لأن المدين فوت عليه غرضا صحيحا ، وغاية مقصوده من التعاقد ، باخلاله بمسئوليته عن تنفيذ الشرط المتفق عليه فى العقد ، وهو شرطا له ما للفقد من قوة ، لأنه بتراضى المتعاقدين عليه ، صار جزءا لا يتجزأ من العقد ، ينطبق عليه قاعدة العقد شريعة المتعاقدين •

---

(١) ابن حزم ، المحلى ، ج ٨ ، ص ٤١٥ .
(٢) ابن مفتاح ، شرح الأزهار ، ج ٣ ، ش ٦٢ .

الفصل الثالث

كيفية التعويض أو الضمان فى العقود : —

الضمان أو التعويض فى العقد ، يجب عندما يمتنع العاقد عن تنفيذ العقد أو يتأخر فى تنفيذه ، وهذا الضمان يتأسس على اتفاق العاقدين وعلى اتجاه ارادتهما الى ذلك ، وهو يختلف من عقد لآخر ، بحسب مدى التزام كل عاقد فيه ، وطبقا لظروف العقد ، والوضع المالى للعاقد ، الى غير ذلك من العوامل التى تؤثر فى الضمان ومقداره ، وكيفيته ، الا أنه فى النهاية يرجع الى ارادة العاقدين •

المبحث الأول

التعويض الاتفاقى أو الشرط الجزائى فى القانون المدنى

يتعلق التعويض الاتفاقى بالمسئولية العقدية ، فى الغالب الأعم ، وتتجه ارادة المتعاقدين الى تقديره فى العقد ، فالمعول فيه على الاتفاق والرضا الذى يعبر به العاقدان عن تضمين العقد لتعويض يلتزم به أحدهما ، اذا لم يوف بالتزامه ، أو تأخر فى تنفيذه ، بدفع مبلغ معين وهذا الاتفاق يكون سابقا على عدم التنفيذ ، على التعويض الاتفاقى أو الشرط الجزائى ، وهو فى عبارة وجيزة : تقدير اتفاقى للتعويض ، وعلى وجه التفصيل ، مبلغ جزافى يقدر به الطرفان مقدما ، التعويض المستحق عن الضرر الذى يلحق أحدهما نتيجة خطأ يقترفه الآخر (١) • يتعلق بالتزامه التعاقدى •

---

(١) د. محمود جمال زكى ، الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات ، ص ٧٥٨ •

وقد نصت على ذلك م ٢٢٣ من التقنين المدنى : يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها فى العقد ، أو فى اتفاق لاحق .
وجاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى : ليس الشرط الجزائى فى جوهره الا مجرد تقدير للتعويض الواجب أداؤه ، فلا يعتبر بذاته مصدرا لوجوب هذا التعويض ، بل للوجوب مصدر آخر ، قد يكون التعاقد فى بعض الصور ، وقد يكون العمل غير المشروع فى صور أخرى ، فلا بد لاستحقاق الجزاء المشروط اذن ، من اجتماع الشروط الواجب توافرها للحكم بالتعويض وهى الخطأ والضرر والاعذار (١) .

ومفاد ذلك أن الشرط الجزائى ، قد ينص عليه فى بنود العقد ، أو فى اتفاق مكمل للعقد ، لاحق عليه . كما أن الشرط الجزائى اذا كان الأصل أنه يترتب على المسئولية العقدية ، فانه قد يترتب على المسئولية التقصيرية، حيث يكون مصدره العمل غير المشروع ، وعليه فانه يشترط فيه شروط التعويض ، بما تتضمنه من الخطأ والضرر والاعذار . وثمة أمر هام فى هذا الصدد ، هو أن مصدر وجوب الشرط الجزائى أو التعويض الاتفاقى، كما نبهت عليه المذكرة الايضاحية — ليس الاتفاق ، وانما هو العقد ، أو العمل غير المشروع ، وهو المصدر الحقيقى للشرط الجزائى ، اذا الواقع أن الشرط الجزائى عبارة عن تقدير ابتدائى للتعويض ، يتولاه المتعاقدان، ويخضع لرقابة القضاء (٢) ويشترط لايجاب الشرط الجزائى ، أن يصيب الدائن ضرر بسبب المسلك الخاطىء للمدين ، على هذا نصت م ٢٢٤ من التقنين المدنى : لا يكون التعويض الاتفاقى مستحقا ، اذ أثبت المدين ، أن الدائن لم يلحقه أى ضرر ومن ثم يجب لاستحقاق التعويض الاتفاقى

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، جـ ٢ ، ص ٥٧٣ .

(٢) د. عبد الناصر العطار ، نظرية الالتزام ، ص ٢٣١ .

أن تتوفر عناصر المسئولية العقدية ، كما يشترط اعذار المدين ، اذلايستحق التعويض الا بعد اعذار المدين ، ما لم ينص على غير ذلك (١) • ويترتب على تخلف هذه الشروط عدم استحقاق التعويض الاتفاقى •

ويخضع التعويض الاتفاقى لرقابة القاضى ، فاذا توافرت الشروط، تعين على القاضى الحكم بالمبلغ المعين فيه اعمالا لارادة العاقدين ، فاذا كان تقدير التعويض مبالغا فيه الى درجة كبيرة ، فان للقاضى سلطة انقاص المبلغ المحدد فى الشرط الجزائى ، فقد نصت م ٢/٢٢٤ على أنه يجوز للقاضى أن يخفض هذا التعويض ، اذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة ، أو أن الالتزام الأصلى ، قد نفذ فى جزء منه • وقد أخذت محكمة الاستئناف فى دوائرها المجتمعه ، بهذا الرأى الأخير ، وقضت بأنه : اذا ثبت للقاضى أن مقدار هذا التضمين جائر وغير معقول ، وغير متناسب مع الضرر الذى حصل فعلا للمتعهد اليه ، وبعبارة أخرى ، اذا تبين اه أن الشرط الجزائى ، انما هو فى الواقع ونفس الأمر ، شرط تهديدى ، ليس الا ، وهذا أمر واقعى محض وخاص بكل قضية على حدتها ، فان له فى مثل هذه الحالة فقط أن يمتنع عن التصديق على هذا التعويض الجائز ، وأن يقدره هو حسب ما يظهر له من ظروف ووقائع الدعوى (٢) » وطبقا لاعتبارات العدالة •

المبحث الثانى

كيفية ضمان العقد فى الفقه الاسلامى

الضمان فى الفقه الاسلامى ، يتعلق بتنفيذ موجبات العقد ، أو بتعويض الأضرار الناجمة عنه ، نتيجة المسلك الخاطىء لأحد العاقدين

---

(١) م ٢١٨ ، وتنص م ٢١٩ على أنه : يكون اعذار المدين بانذاره ، أو بما يقوم مقام الانذار ، ويجوز أن يتم الاعذار عن طريق البريد على الوجه المبين فى قانون المرافعات ، كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضى بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل ، دون حاجة الى اى اجراء آخر .

(٢) د. محمود جمال زكى ، الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات ، ص ٧٦١ .

وهو يختلف فى عقود المعاوضات عنه فى عقود الامانات ، كما أن الفعل غير المشروع موجب للتعويض ، وهو ما يظهر بوضوح فى اتلاف المـال ، فان المقرر شرعا أن اتلاف الأموال خطأ موجب للضمان (١) .

وان ضمان العقد يتوقف على ارادة المتعـاقدين ، شأنه شـأن الالتزامات العقدية فان المناط فيها ما يتم الاتفاق والتراضى عليه بـين الطرفين ، لأن الانسان مؤاخذ بعبارته متى كان أهلا لهـا ، وان الناظر الى الضمان يجد أنه من مشتملات العقد ، ومن الآثار المترتبة عليه ، اذ هو حق للعاقد الذى ثبت له ، ويندرج تحت الوفاء بالالتزامات العقدية ، التى نص عليها قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » . ذلك أن ارادة المتعاقدين ، هى المحدد للضمان ، والمرجع فيه ، والمميز له عن غيره من الضمانات الأخرى ، كضمان اليد ، يقول السيوطى الفرق بين ضمان العقد واليد ، أن ضمان العقد مرده ما اتفق عليه المتعاقدان ، أو بدله . وضمان اليد ، مرده المثل أو القيمة (٢) .

وانما اعتبر ضمان العقد واجبا عند تحقق موجباته ، لأنه من باب الوفاء المـأمور به فى الشرع ، فان العقد شريعة المتعاقدين ، والمؤمنون عند شروطهم ، الا شرطا أحل حراما ، أو حرم حلالا ، وهو نص حديث الرسول — صلى الله عليه وسلم — بل أن الانسان قد يلزم نفسه بحق لغيره بارادته المنفرده ، فيكون عليه الوفاء به ، اذ المرء يلتزم بعبارته ، وهو ما يؤكده صاحب قواعد الأحكام بقوله : التزام الحقوق من غـير قبول وهى أنواع :

أحدهما : ينذر فى الذمم أو الأعيان .

الثانى : التزام الديون بالضمان .

الثالث : ضمان الدرك .

الرابع : ضمان الوجه .

---

(١) العز بن عبد السلام ، قواعد الأحكام ، جـ ٢ ، ص ١٠١ .

(٢) السيوطى ، الأشباه والنظائر ، ص ٣٩٠ .

الخامس : ضمان احضار ما يجب احضاره من الأعيان المضمونات [١] وعلى ذلك ، فان الضمان فى العقود ، يتأتى اما وفقا لنصوص العقد ، بتنفيذ البنود المكونة له ، والناشئة عنه ، واما يجب كأثر من آثار العقد[٢]، وما نتج عنه من عمل غير مشروع ، وهو موجب للضمان بمقتضى قـول الرسول — صلى الله عليه وسلم — لا ضرر ولا ضرار •

ويترتب على القول بأن ضمان العقد من صنع العاقدين ، ونتـاج ارادتهما ، أنه لا يتأسس على المساواة والتعادل بين البدلين وانما المعول فيه ما اتجهت اليه ارادة المتعاقدين ، وحصل الرضا عليه ، وأبرم الاتفاق وفقا له ، وهو ما يغاير ضمان اليد ، فانه يتأسس على المساواة والتعادل بين البدلين ، اذ أنه يجب بأحد أمرين المثل أو القيمة •

طريقة ضمان العقود فى الفقه الاسلامى :

ضمان العقد فى الأحكام الشرعية ، يكون بالتنفيذ العينى ، فان تعذر التنفيذ يكون بأداء المقابل فى العقد ، والذى سبق أن وافق عليه الطرفان عند ابرام العقد ، ويكون بدفع الثمن أو الأجرة أو القيمة ، بحسـب العوض فى محل العقد ، وعند تفويت حق العاقد فى الحصول على المعقود عليه ، أو الاخلال بالتزامه فى العقد ، والحاق الضرر المحقق نتيجـة ذلك ، فان الضمان هو السبيل لتعويض المتعاقد المضرور ، اذ الأمـوال مضمونة ، وتصرف العـاقد الذى ترتب عليه تضييع المـال ، موجب للضمان ، والضمان يكون بالمثل أو القيمة •

ويختلف الضمان فى عقود المعاوضات • من عقد لآخر ، وهو ما يظهر فى كل عقد منها •

---

(١) العز بن عبد السلام ، قواعد الأحكام ، جـ ٢ ، ص ٨٥ .

(٢) يقول السيوطى معبرا عن ذلك : ما يضمن ضمان عقد قطعا ، وهو ما عين فى صلب عقد بيع أو سلم او اجاره أو صلح .. ثم يقول : اسباب الضمان أربعة أحدها : العقد كالمبيع ، والثمن المعين قبل القبض والسلم والاجاره . الأشباه والنظائر ، ص ٣٩٠ .

الضمان فى عقد البيع :

فى عقد البيع ، يظهر الضمان عند هلاك المبيع أو فواته .

يقول صاحب البدائع : المبيع فى يد البائع مضمون بأحد الضمانين ، وهو الثمن ألا ترى أنه لو هلك فى يده سقط الثمن عن المشترى ، فلا يكون مضمونا بضمان آخر ، اذ المحل الواحد لا يقبل الضمانين ، بخلاف الرهن ، فان المضمون بالرهن على المرتهن معنى المرهون ، لا عينه بل عينه أمانه ، حتى كان كفنه ونفقته على الراهن ، والمضمون بالاتلاف عينه ، فايجاب ضمان القيمة لا يؤدى الى كون المحل الواحد مضمونا بضمانين ، لاختلاف محل الضمان ، بخلاف البيع ، وسواء كان البيع باتا أو بشرط الخيار ، لأن المبيع فى يد البائع مضمون بالثمن فى الحالين ، فيمنع كونه مضمونا بضمان آخر . وان هلك بفعل المشترى لا ينفسخ البيع ، وعليه الثمن ، لأنه بالاتلاف صار قابضا كل المبيع ، لأنه لا يمكنه اتلافه الا بعد اثبات يده عليه ، وهو معنى القبض فيتقرر عليه الثمن ، وسواء كان البيع باتا أو بشرط الخيار للمشترى ، لأن خيار المشترى لا يمنع زوال البيع عن ملك البائع بلا خلاف ، فلا يمنع صحة القبض ، ولا يمنع تقرر الثمن .

وان كان البيع بشرط الخيار للبائع أو كان البيع فاسدا ، فعليه ضمان مثله ان كان مما له مثل ، وان كان مما لا مثل له فعليه قيمته ، لأن خيار البائع يمنع زوال السلعة عن ملكه بلا خلاف ، فكان المبيع على حكم ملك البائع ، وملكه مضمون بالمثل أو القيمة ، وكذا المبيع بيعا فاسدا مضمون بالمثل أو القيمة .

وان هلك بفعل أجنبى فعليه ضمانه لا شك فيه ، لأنه أتلف مالا مملوكا لغيره بغير اذنه ، ولا يد له عليه ، فيكون مضمونا عليه بالمثل أو القيمة ، والمشترى بالخيار ان شاء فسخ البيع ، فيعود المبيع الى ملك البائع فيتبع الجانى فيضمنه مثله ، ان كان من ذوات الأمثال ، وقيمته ان لم يكن من ذوات الأمثال ، وان شاء اختار البيع فاتبع الجانى بالضمان

واتبعه البائع بالثمن ، لأن المبيع قد تعين فى ضمان البائع ، لانه كـان عينا فصار قيمة ، وتعين المبيع فى ضمان البائع يوجب الخيار ، ثم ان اختار الفسخ ، وفسخ واتبع الجانى بالضمان وضمنه ينظر ، ان كان الضمان من جنس الثمن ، وفيه فضل على الثمن لا بطيب له الفضل ، لأن الفضل ربح ما لم يملك لزوال المبيع عن ملكه بنفس البيع ، وربح ما لم يضمن لا يطيب ، لنهى النبى — صلى الله عليه وسلم — عن ربح ما لم يضمن ، ولمــا فيه من شبهة الربا فربح ما لم يضمن أولى • وان كان الضمان من خلاف جنس الثمن طاب الفضل ، لأن الربا لا يتحقق عند اختلاف الجنس وان اختار البيع واتبع الجانى بالضمان وضمنه ، فان كان الضمان من جنس الثمن لا يطيب له الفضل لأنه ربح ما لم يضمن فى حقه ، الا ربح ما لم يملك ، لأن المبيع ملكه ، وان كان من خلاف جنسه طاب الفضــل لــــــه(١) •

يتقرر من ذلك أن الضمان فى عقد البيع ، يــكون بالثمن ، وهــو ما تراضى عليه المتعاقدان فى عقد البيع ، وهذا هو الأصل فى الضمان على البائع أو المشترى ، وسواء كان البيع باتا أو بشرط الخيار للمشترى ، فان كان البيع بشرط الخيار للبائع أو كان البيع فاسدا ، فان الضمان يكون بالمثل فيما له مثل ، وبالقيمة فيما ليس له مثل ، وهى ما يقوم به المبيع فى السوق ، أو ما تقدر به ما لية المبيع ، لأن المبيع على حكم ملك البائع ، وملكه مضمون بالمثل أو القيمة ، وكذلك المبيع بيعا فاسدا ، كما يضمن المبيع الأجنبى اذا تلف بفعله ، وضمانه يكون بالمثل أو القيمة ، على أن الضمان ان كان من جنس الثمن لا يصح الزيادة عليه ، لأن الزيادة تتضمن شبهة الربا ، ومن قبيل ربح ما لم يضمن ، وان كانت من خــلاف جنس الثمن ، جازت الزيادة ، لأن اختلاف الجنس مانع من الربا •

ويذهب الحطاب من المالكية ، الى أن الضمان فى البيع يكون بالثمن ، وضمان العقار من المشترى ، سواء بيع بشرط النقد أو بغير شرط النقد ،

---

(١) الكاسانى ، بدائع الصنائع ، جـ ٥ ، ص ٢٣٨ ، ٢٣٩ •

وظاهر كلام ابن عبد السلام والشيخ خليل ، أن قولى مالك جاريان فيه ، والذى فى كتاب الغرر منها ، قال ابن القاسم : وما ثبت هلاكه من السلع الغائبة بعد الصفقه ، وقد كان يوم الصفقه على ما وصف المبتاع ، أو على ما كان رأى ، فهى من البائع ، الا أن يشترط أنها من المبتاع ، وهو آخر قولى مالك ، وكان مالك يقول : انها من المبتاع ، الا أن يشترط أنها من البائع حتى يقبضها ، ثم رجع الى هذا ، والنقص والنماء كالهلاك فى القــولين ....

وضمان غير العقار من البائع ، سواء بيع بشرط النقد أولا ، الا لشرط ، انظر هل هو راجع لغير العقار أو راجع الى العقار أيضا ، وقال ابن عرفه ، ظاهر قولها الدور والأصول من المبتاع على كل حال أنــه كذلك ، ولو شرطه على البائع . وقال فى معين الحكام أجــاز فى المدونة اشتراط نقل هذا الضمان ، بأن يشترط البائع على المشترى فى أصــل العقد ، وان وقع العقد بغير شرط ، الا أنه نقل بعد العقد ، ففى ذلك قولان فى المذهب .

الضمان فى المذهب المالكى (١) من الثمن ، والا فالقيمة ، وضــمان العقار على المشترى فى البيع العاجل والآجل على السواء ، أما ضمان غير العقار فانه على البائع ، ويجوز الاشتراط على غير ذلك فى العقد ، كأن يشترط البائع على المشــترى أن يتحمل بالضمان ، فيعمــل بمقتضى الشرط .

ويقول صاحب مغنى المحتاج عن الضمان فى البيع : المبيع قبل قبضه من ضمان البائع بمعنى انفساخ البيع بتلفه ، وثبــوت الخيار بتعييبه وباتلاف الأجنبى له ، لبقاء سلطنته عليه ... فان تلف المبيع انفسخ البيع وسقط الثمن لتعذر قبضه المستحق ، ولو أبرأه المشترى عن الضمان لم يبرأ فى الأظهر ، ولم يتغير الحكم المذكور للتلف ، لأنه أبــرأ عما لم يجب .

---

(١) الحطاب ، مواهب الجليل ، ج ٤ ، ص ٢٩٩ ، ٣٠٠ .

واتلاف المشترى المبيع حسا أو شرعا قبض له ، ان علم أنه المبيع حالة اتلافه ، كما لو أتلف المالك المغصوب فى يد الغاصب ... والمذهب أن اتلاف البائع المبيع كتلفه بآفة سماوية ، فينفسخ البيع فيه ، ويسقط الثمن عن المشترى ، لأنه لا يمكن الرجوع على البائع بالبدل ، لأن المبيع مضمون عليه بالثمن ، فاذا أتلفه سقط الثمن .

والأظهر أن اتلاف الأجنبى لا يفسخ البيع لقيام البدل مقام المبيع ، بل يتخير المشترى به على التراضى ، كما اقتضاه كلام القفال ، وان نظر فيه القاضى بين أن يجيز البيع ، ويغرم الأجنبى البدل ، أن يفسخ فيغرم البائع الأجنبى البدل(١) .

ويتبين من ذلك أن ضمان عقد البيع فى المذهب الشافعى ، يكون بالثمن وهو — أى الضمان — على البائع قبل القبض ، سواء أتلفه البائع أو الأجنبى لأنه فى ملكه وتحت سلطانه . واذا أتلفه المشترى ، تقرر عليه الثمن لأن المبيع مضمون بالثمن .

وفى المذهب حكمان جديدان ، أحدهما أنه لا يجوز اسقاط الضمان ممن تقرر لمصلحته ، حسب الراجح فى المذهب . الثانى أن ضمان عقد البيع ، ينظر فيه القاضى ، ويخضعه لرقابته بما يحقق العدالة والمصلحة.

ويقول ابن قدامه : ان تلف المبيع من ذلك قبل قبضه بآفة سماوية بطل العقد ورجع المشترى بالثمن . وان تلف بفضل المشترى استقر عليه الثمن وكان كالقبض ، لأنه تصرف فيه . وان أتلفه أجنبى لم يبطل العقد على قياس قوله فى الجائحة . ويثبت للمشترى الخيار بين الفسخ والرجوع بالثمن . لأن التلف حصل فى يد البائع ، فهو كحدوث العيب فى يده ، وبين البقاء على العقد ومطالبة المتلف بالمثل ان كان مثليا ، وبهذا قال الشافعي: ولا أعلم فيه مخالفا .

وان أتلفه البائع ، فقال أصحابنا : الحكم فيه كما لو أتلفه أجنبى ، لأنه أتلفه من يلزمه ضمانه ، فأشبه مالو أتلفه أجنبى .... وفرق أصحابنا

(١) الخطيب ، مغنى المحتاج ، ج ٢ ، ص ٦٥ — ٦٧ .

بينهما بكونه اذا أتلف بفعل الله تعالى ، لم يوجد مقتض للضمان سوى حكم العقد ، بخلاف ما اذا أتلفه ، فان اتلافه يقتضى الضمان بالمثل ، وحكم العقد يقتضى الضمان بالثمن ، فكانت الخيرة الى المشترى فى التضمين بأيهما شاء [١] .

يقرر المذهب الحنبلى أن الضمان فى عقد البيع ، يكون على البائع اذا حصل التلف بفعله ، لأنه من ضمانه ، وكذلك الحكم اذا حصل التلف بفعل أجنبى لأن التلف حصل فى يد البائع ، وضمانه بالثمن فى حالةالبائع، وبالمثل فى حالة الأجنبى . فاذا أتلفه المشترى استقر الثمن عليه ، فوجب الوفاء به . وانما دار الضمان فى البيع بين المثل والثمن ، لأن الاتلاف يقتضى الضمان بالمثل ، وحكم العقد يقتضى الضمان بالثمن ، فللمشترى أن يضمن البائع بأيهما أراد .

ويقول ابن حزم : وكل من باع بيعا فاسدا فهو باطل ، ولا يملكه المشترى وهو باق على ملك البائع ، وهو مضمون على المشترى ان قبضه ضمان الغصب سواء بسواء ، والثمن مضمون على البائع ان قبضه ، ولا يصححه طول الزمان ولا تغير الأسواق ولا فساد السلعة ولاذهابها ولا موت المتبايعين أصلا [٢] .

وبذلك يذهب الظاهرية ، الى أن ضمان عقد البيع الفاسد يكون على البائع ، فان قبضه المشترى دخل فى ضمانه ، والضمان فيه يكون بالثمن.

الضمان فى عقد الاجارة :

يضمن الأجير المشترى فى عقد الاجارة تبعا للرأى الغالب فى الفقه الحنفى ، فاذا أتلف الأجير العين فى يده ، فانه يضمن عند الصاحبين الا بسبب أجنبى لا يدله فيه كالحريق والعدو المكابر ، لما روى عن عمر وعلى — رضى الله عنهما — أنهما كانا يضمنان الأجير المشترك ولأن الحفظ

---

(١) ابن قدامة ، المغنى ، جـ ٤ ، ص ١٢٣ .

(٢) ابن حزم الظاهرى ، المحلى ، جـ ٨ ، ص ٤٢١ .

مستحق عليه ، اذ لا يمكنه العمل الا به ، فاذا أهلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة ، كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديعة اذا كانت بأجر • وعند أبى حنيفة لا يضمن ، لأن العين أمانه فى يده ، لأن القبض حصل باذنه ، ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه لا يضمنه •

فاذا أتلفت العين بعمله ، كتخريق الثوب من دقة ، وزلق الحمال ، وانقطاع الحبل الذى يشد به المكارى الحمل ، وغرق السفينة من مده ، فانه يضمنه ، لأن الداخل تحت الاذن — المأذون فيه — هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح ، لأنه هو الوسيلة الى الأثر ، وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الأجر ، فلم يكن المفسد مأذونا فيه (١) •

ويذهب مالك الى تضمين الأجير المشترك ، فرأيه كالصاحبين فى المذهب الحنفى ، فقد جاء فى المدونة : قلت أرأيت لو أنى دفعت الى قصار ثوبا ليغسله لى فغسله ، أو دفعت الى خياط ثوبا ليخيطه لى ، ففعل ثم ضاع بعد ما فرغ من العمل ، فأردت أن أضمنه فى قول مالك : كيف أضمنه قيمته يوم قبضه منى ، أم أدفع اليه أجره وأضمنه قيمته بعدما فرغ منه؟ قال : سألت مالكا أو سمعت مالكا يسئل عن الرجل يدفع الى القصار الثوب ، فيفرغ من عمله ، وقد أحرقه أو أفسده ، فماذا على العامل ، قال : قيمته يوم دفعه اليه ، ولا ينظر الى ما ابتاعه به صاحبه غاليا كان أو رخيصا • قلت : أرأيت ان قلت أنا أضمنه قيمته مقصور لو أدى اليه الكراء ، قال : ليس لك أن تضمنه الا قيمته يوم دفعته اليه أبيض ، قال وسألنا مالكا عن الخياطين اذا أفسدوا ما دفع اليهم قال : عليهم قيمة الثياب يوم قبضوها • قلت : أرأيت ان فرغ الخياط أو الصانع من عمل ما فى يديه ، ثم دعا صاحب المتاع ، فقال : خذ متاعك ، فلم يأت صاحب المتاع ، حتى ضاع المتاع عند الصانع ، قال : هو ضامن على حالة (٢) •

---

(١) المرغينانى ، الهداية ، جـ ٣ ، ص ٢٤٤ ، ٢٤٥ •

(٢) الامام مالك بن انس ، المدونه الكبرى ، جـ ٣ ، ص ٣٧٣ •

ويذهب الشافعى الى تضمين الاجير المشترك أيضا ، وقد جاء فى الأم : أخبرنا الشافعى ، قال : الأجراء كلهم سواء ، فاذا أتلف فى أيديهم شيىء من غير جنايتهم ، فلا يجوز أن يقال فيه الا واحد من قولين أحدهما : أن يكون من أخذ الكراء على شيىء كان له ضامنا ، حتى يؤديه على السلامة أو يضمنه أو ما نقصه ، ومن قال هذا القول ، فينبغى أن يكون من حجته أن يقول الأمين هو من دفعت اليه راضيا بأمانته لايعطى أجرا على شيىء مما دفعت اليه ، واعطانى هذا الأجر تفريق بينه وبين الأمين الذى أخذ ما استؤمن عليه بلا جعل ، أو يقول قائل : لاضمان على أجير بحال من قبل أنه انما يضمن من تعدى ، فأخذ ما ليس له ، أو أخذ الشيىء على منفعة له فيه اما بتسلط على اتلافه ، كما يأخذ سلفا فيكون مالا من ماله ، فيكون ان شاء بنفقة ويرد مثله ، واما مستعير سلط على الانتفاع بما أعير فيضمن ، لأنه أخذ ذلك لمنفعة نفسه ، لا لمنفعة صاحبه فيه ، وهذان معا نقص على المسلف والمعير أو غير زيادة له ، والصانع والأجير من كان ليس فى هذا المعنى ، فلا يضمن بحال الا ماجنت يده ، كما يضمن المودع ما جنت يده ، وليس فى هذا سنه أعلمها ولا أثر يصح عند أهل الحديث عن أحد من أصحاب النبى — صلى الله عليه وسلم — وقد روى فيه شيىء عن عمرو وعلى ليس يثبت عند أهل الحديث عنهما ، ولو ثبت عنهما ، لزم من يثبته أن يضمن الأجراء من كانوا ، فيضمن أجير الرجل وحده ، والأجير المشترك والأجير على الحفظ والرعى وحمل المتاع ، والأجير على الشيىء يصنعه ، لأن عمر ان كان ضمن الصناع ، فليس فى تضمينه لهم معنى ، الا أن يكون ضمنهم بأنهم أخذوا أجرا على ماضمنوا ، فكل من كان أخذ أجرا ، فهو فى معناهم ، وان كان على — رضى الله عنه — ضمن القصار والصانع ، فكذلك كل صانع ، وكل من أخذ أجره (١) .

ويذهب الحنابلة الى تضمين الأجير المشترى ، يقول صاحب كشاف القناع : ويضمن الأجير المشترك ما تلف بفعله ولو بخطئه ، كتحريق القصار الثوب من دقة أو مده أو عصره أو بسطه ، وغلطه أى الخياط

---

(١) الامام الشافعى ، الأم ، جـ ٣ ، ص ٢٦٢ ، ٢٦٣ .

فى تفصيله ، ودفعه الى غير ربه ، روى عن عمر وعلى — رضى الله عنهما — لأن عمله مضمون عليه ، لكونه لا يستحق العوض الا بالعمل ، فان الثوب لو تلف فى حرزه بعد عمله ، لم يكن له أجره فيما عمل فيه (١). بخلاف الخاص .

ويخالف المذهب الظاهرى فى مبدأ ضمان الأجير المشترك ، بل فى ضمان الأجير على العموم ، يقول ابن حزم : ولا ضمان على أجير مشترك أو غير مشترك ، ولا على صانع أصلا ، الا ماثبت أنه تعدى فيه أو أضاعه، والقول فى كل ذلك ما لم تقم عليه بينه قوله مع يمينه ، فان قامت عليه بينه بالتعدى أو الاضاعة ضمن ، وله فى كل ذلك الأجرة فيما أثبت أنه كان عمله ، فان لم تقم بينه ، حلف صاحب المتاع ، أنه ما يعلم أنه عملمايدعى أنه عمله ، ولاشيىء عليه حينئذ . وبرهان ذلك قول الله تعالى : لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل « فمال الصانع والأجير حرام على غيره ، فان اعتدى أو ضاع لزمه حينئذ ان يعتدى عليه بمثل ما اعتدى والا ضاعة لما يلزمه حفظه تعد ، وهو ملزم حفظ ما استعمل فيه بأجر أو بغير أجر ، لنهى رسول الله — صلى الله عليه وسلم — عن اضاعة المال وحكمه عليه السلام بالبينة على من ادعى ، وباليمين على المطلوب اذا أنكر ومن طلب بغرامة مال أو ادعى عليه ما يوجب الغرامة ، فهو المدعى عليه فليس عليه الا اليمين بحكم الله عز وجل ، والبينة على من يدعى لنفسه حقا فى مال غيره (٢) .

وبهذا يتقرر ضمان العقد فى الاجارة ، بشكل بين ، فالضمان على الأجير المشترك مصدره ضمان العقد ، وهو ناشيىء عن العلاقة التعاقدية بين صاحب العين والصانع أو الأجير ، فانه بموجب العقد يلتزم الصانع أو الأجير بحفظ العين ، لأن الحفظ لأجل العمل ، وتقديم المنفعة لصاحب العين ، فيكون مستحقا عليه ، واذا كان الأجير مأمورا باصلاح العين ،

---

(١) البهوتى ، كشاف القناع ، ج ٤ ، ص ٣٣ .
(٢) ابن حزم ، المحلى ، ج ٨ ، ص ٢٠١ .

فانه يكون من باب أولى ، واجبا عليه حفظهما لأن ترك الحفظ يأتى بعكس المقصود من الالتزام الواجب عليه ، بمقتضى العقد .

ويضمن الأجير فى عقد الاجارة بالقيمة تقدر بها العين يوم دفعها الى اليه ، كما نص عليه فى المذهب المالكى ، وهو مضمون على الاجير أو الصانع فى المذهب الحنبلى ، وتسقط الأجرة على صاحب العين ، لأنه لا يستحق العوض الا بالعمل ، وقد أضاع العين وهى المحل الذى يرد عليه العمل .

وان القول بتضمين الأجير أو الصانع المشترك ، فى عقد الاجارة ، مؤسس على الخطأ فى الفقه الاسلامى ، لأن الأجير مأمور بالحفظ ، فهو التزام عليه ، وبتضمينه العين أو تلفها ، اخلال بالتزامه ، بتركه العناية المستحقة عليه ، فهو قد فرط فيه ، وهذا خطأ ، نتج عنه ضرر لصاحب المتاع ، نتيجة تلفه أو ضايعه ، فوجب الضمان .

ودليل تضمين الأجير المشترك فى عقد الاجارة ليس قاصرا على القواعد الشرعية ، والأصول الفقهية ، بل دل على ذلك آثار رويت عن عمر بن الخطاب وعلى بن أبى طالب ، بتضمين الصناع ، وقد أثر عن قوله : لا يصلح الناس الا ذاك ، بل روى أن هذا نظر الخلفاء الراشدين (١) .

واستنادا لهذا وجدنا أن الرأى الغالب فى الفقه الاسلامى ، يذهب الى تضمين الاجير المشترك فى عقد الاجارة ، وهو النظر الذى قال به الامام مالك والشافعى والحنابلة والصاحبين من فقهاء الحنفية على خلاف

---

(١) يقول الشاطبى : ان الخلفاء الراشدين قضوا بتضمين الصناع ، قال على — رضى الله عنه — لا يصلح الناس الا ذاك » ووجه المصلحة فيه أن الناس لهم حاجه الى الصناع وهم يغيبون عن الامتعه فى غالب الاحوال ، والأغلب عليهم التفريط وترك الحفظ ، فلو لم يثبت تضمينهم مع مسيس الحاجه الى استعمالهم ، لأفضى ذلك ، الى أحد أمرين : اما ترك الاستصناع بالكلية ، وذلك شاق على الخلق ، واما أن يعملوا ولا يضمنوا ذلك بدعواهم للهلاك والضياع ، فتضيع الأموال ، ويقل الاحتراز ، وتتطرق الخيانه ، فكانت المصلحة التضمين ، هذا معنى قوله : لا يصلح الناس الا ذاك .

الاعتصام ، جـ ٢ ، ص ١١٩ .

في بعض التفصيلات فيما بينهم ، واذا كان ابن حزم الظاهرى يخالف فى مبدأ الضمان فى عقد الاجارة ، حيث يقول بعدم الضمان على الأجير أو الصانع ، لكنه يعتبر ترك الصانع أو الأجير المشترك لحفظ العين تعدى ، فلو ضاع المال نتيجة لذلك ، ضمن ، لأنه ملزم بالحفظ ولنهى الرسول — صلوات الله عليه — عن اضاعة المال ، وهو سند قوى من السنة للقول بضمان الصناع ، لما فيه من المصلحة ، اذ الغالب من أمرهم ترك الحفظ والتفريط فى مسئولية صيانة المال عن الضياع •

ونلمح فى هذا الخصوص تطورا الفقه الاسلامى ، وتحقيقه لمصالح الناس والوفاء بحاجتهم عدل عن اعتبار المال أمانة فى يد الصناع والأجراء ، لما رأى فى مسلكهم من ضياع الحقوق ، والتهاون فى أداء الالتزامات ، وهذه المرونة تبدو بوجه خاص فى مسلك الخلفاء الراشدين ، وفى قضاء عمر وعلى — رضى الله عنهما — وهو ماسار عليه الفقه المالكى والحنبلى والشافعى وبعض الفقه الحنفى ، الا أنه يلاحظ أن أكثر المذاهب تطورا فى هذا الصدد ، هو المذهب المالكى ، لانه بلغ شأوا بعيدا فى تقرير قاعدة الضمان العقدى فى عقد الاجارة ، على الاجير المشترك •

الضمان فى عقد النكاح :

نقصد بالضمان فى عقد النكاح ، ضمان المهر ، وهو ما يتضمنه من آثار مالية ناشئة عن العقد ، ولاشك أن المهر حق من حقوق عقد النكاح فيكون مضمونا ، ألا ترى الى قوله تعالى : وأحل لكم ماوراء ذلكم ، أن تبتغوا بأموالكم « النساء / ٢٤ » فقد علق الحل بشرط الابتغاء بالمال ، فلا يحل دونه ، ومن ثم فانه مضمون ، كما دلت عليه عبارات المذاهب الفقهية •

يذهب الحنفية الى أن من سمى مهرا لزمه بالدخول والموت • أما الدخول ، فلأنه تحقق به تسليم المبدل ، وبالموت يتقرر النكاح بانتهائه فيجب البدل •

ثم يقول صاحب الاختيار : وان طلقها قبل الدخول لزمه نصفه ، لقوله تعالى : فنصف ما فرضتم •

وان لم يسم لها مهرا ، أو شرط ألا مهر لها ، فلها مهر المثل بالدخول والموت ، والمتعة بالطلاق قبل الدخول « لأن النكاح صح فيجب العوض ، لأنه عقد معاوضة ، والمهر وجب حقا للشرع ، والواجب الأصلى مهر المثل ، لأنه أعدل ، فيصار اليه عند عدم التسمية ، بخلاف حال التسمية ، لأنهم رضوا به ، فان كان أقل من مهر المثل فقد رضيت بالنقصان وان كان أكثر فقد رضى بالزيادة ، قال عليه الصلاة والسلام : المهر ما تراضى عليه الأهوال » (١) •

يقرر المذهب الحنفى ضمان المهر ، وهو ضمان مصدره عقد النكاح ، والمرجع فيه ارادة الطرفين ولى الزوج والزوجة وذلك بوجوب المهر المسمى وهو المهر المتفق عليه فى العقد ، ويلزم بالدخول والموت ، ويجب نصفه ان طلقها قبل الدخول ، والمهر المسمى يتأسس على التراضى •• فان نفى المهر ، أو لم ينص عليه فى العقد ، وجب للمرأه مهـر المثـل وهو مهر يتأسس على المماثلة والمكافأة ، لأنه معتبر بمهر امرأة مثلها فى السن والحسن والبكارة والبلد والعصر والمال ،ومعتمدة العدالة •

وعند المالكية ، يقول ابن رشد : اتفق العلماء على أن الصداق يجب كله بالدخول أو الموت • أما وجوبه كله بالدخول ، فلقوله تعالى : وان أردتم استبدال زوج مكان زوج ، وآتيتم احداهن قنطارا ، فلا تأخذوا منه شيئا » الآية • وأما وجوبه بالموت ، فلا أعلم الآن فيه دليلا مسموعا ، الا انعقاد الاجماع على ذلك (٢) •

وعلى ذلك فان المهر فى المذهب المالكى ، يجب بالدخول أو الموت ، والأصل فيه المهر المسمى المتفق عليه فى عقد النكاح والا فمهر المثل ، لوجود النصوص القاضية بضمان المهر فى عقد النكاح •

---

(١) الموصلى ، الاختيار ، جـ ٣ ، ص ٣٢ ، ٣٣ •

(٢) ابن رشد ، بداية المجتهد ، جـ ٢ ، ص ٢٢ •

ويذهب الشافعية الى القول بالضمان فى النكاح ، وعلى حد تعبير صاحب المذهب : وتملك المرأة المسمى بالعقد ، ان كان صحيحا ، ومهر المثل ان كان فاسداً ، لأنه عقد يملك المعوض فيه بالعقد ، فملك العوض فيه بالعقد كالبيع ، وان كانت المنكوحة صغيرة أو غير رشيدة ، سلم المهر الى من ينظر فى مالها • وان كانت بالغة رشيدة ، وجب تسليمه اليها ••»

ويقول : ويستقر الصداق بالوطء فى الفرج ، لقوله عز وجل : وكيف تأخذونه ، وقد أفضى بعضكم الى بعض » وفسر الافضاء بالجماع •• »

وان وقعت فرقة بعد الدخول ، لم يسقط من الصداق شيىء ، لأنه استقر فلم يسقط (١) •

ولا شك أن المذهب يعتبر أن ضمان المهر أساسه العقد ، ويكون الضمان بحسب المسمى فى العقد ، طبقا لما عبرت عنه ارادة الطرفين فى العقد الصحيح ، فان كان العقد فاسدا ، وجب مهر المثل ، لأنه عوض عنه • ويلزم المهر بالدخول ، وبالفرقة بعد الدخول لتحقيق الغرض من العقد ، وحصول الزوج على مأربه منه •

ويذهب الحنابلة الى أن ضمان الصداق فى عقد النكاح ، يستقر بالدخول أو الموت ، ويجب لها الصداق المسمى ، فان لم يوجد مسمى للصداق وجب صداق المثل • يقول ابن تيمية : ان كانت المرأة رضيت بمهر المثل ، فليس لها الا مارضيت به ، وان لم ترض بذلك ، فينبغى اذا لم ترض بما فرض لها ، ان لها الفسخ ، ما لم يثبت ذلك بالدخول والموت ، فانه هنا استقر لها مهر المثل ، فلا فائدة فى الفسخ ، ولهذا قال تعالى : لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ، ومتعوهن « فأمر بالمتعة فى هذا الموضع ، ولم يوجب نصف الصداق ، فدل على أنه لم يجب بالعقد صداق مقدر ، ولكن لها المطالبة بايجابه •

ألا ترى أنهما اذا تراضيا على تقديره ، بأقل من مهر المثل ، أو أكثر جاز ، فدل على أن العبرة فى ذلك بتراضيهما • وقوله تعالى : لا جناح

(١) الشيرازى ، المهذب ، ج ٢ ، ص ٧٣ ، ٧٤ .

عليكم ان طلقتم النساء ، مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة » ولم يقل : تثبتوا لهن مهرا ، هذا العقد موجب لشيىء غير مقدر ، أوجب فى طلاقه تباعا غير مقدر (١) •

ونظر المذهب الظاهرى ، هو نظر المذاهب الأربعة ، فان ضمان المهر فى عقد النكاح ، يكون طبقا للمهر المسمى وهو المتفق عليه فى العقد ، فان لم يوجد مهر المثل ، يقول ابن حزم : ومن انفسخ نكاحه بعد صحته ، بما يوجب فسخه ، فلها المهر المسمى كله ، فان لم يسم لها صداقا ، فلها مهر مثلها دخل بها أو لم يدخل • برهان ذلك قول الله عز وجل : وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » فالصداق واجب لها بصحة العقد ، دخل بها أو لم يدخل ، فاذا انفسخ فحقها فى الصداق باق كما لو مات ولا فرق• ومن ادعى أنه ليس لها فى الفسخ قبل الدخول الا نصف الصداق ، فانما قاله قياسا على الطلاق قبل الدخول • والقياس كله باطل ، ولو كان القياس حقا لكان هذا منه باطلا لأن الطلاق فعل المطلق ، والفسخ ليس فعله ، فلا تشابه بين الفسخ والطلاق ، بل الفسخ بالموت أشبه ، لأنهما يقعان بغير اختيار الزوج ، ولا يقع الطلاق الا باختياره ، وكذلك من أسقط جميع الصداق فى بعض وجوه الفسخ اذا جاء الفسخ من قبلها ، فقوله باطل ، لأنه اسقاط لما أوجبه الله تعالى ، بلا برهان (٢) •

ويخالف ابن حزم الفقهاء ، فى ايجاب المهر كاملا ، اذا فسخ العقد قبل الدخول بها ، وينكر على القائلين بايجاب نصف المهر بالفسخ قبل الدخول ، قياسا على الطلاق قبل الدخول بالمرأة ، لأن المذهب الظاهرى، لا يعتد بالقياس كمصدر من مصادر الأحكام الشرعية •

ويلاحظ على ضمان المهر فى عقد النكاح ، أنه نموذج صحيح وتام لضمان العقد ، لأن مصدر الضمان هو العقد ، دون واسطة بين العقد والضمان ، على الرغم من أن عقد النكاح ليس من العقود المالية ، كما

---

(١) ابن تيمية ، نظرية العقد ، ص ١٦٩ ، ١٧٠ .

(٢) ابن حزم ، المحلى ، جـ ٩ ص ٤٨١ ، ٤٨٢ .

أن المذاهب الفقهية تتفق فى ضمان المهر ، وحالات هذا الضمان مما يضفى على الضمان فى عقد النكاح ، أهمية فى هذا الشأن •

الضمان فى عقد الصلح :

الضمان فى عقد الصلح ، هو ضمان لما اتفق عليه الطرفين المتصالحين، والصلح على مال على سبيل المعاوضة جائز فى الشرع ، لرفع النزاع ، ويتنوع الصلح فى الأموال بتنوع صورته ، يقول صاحب مواهب الجليل الصلح فى الأموال ونحوها دائر بين خمسة أمور البيع ان كانت المعاوضة فيه عن أعيان • والصرف ان كان أحد النقدين عن الآخر ، والاجارة ان كانت عن منافع ، ودفع الخصومة ان لم يتعين شيىء من ذلك ، والاحسان وهو ما يعطيه المصالح من غير الحاح ، فمتى تعينت أحد هذه الأبواب ، روعيت فيه شروطه ، لقوله عليه السلام : الصلح جائز بين المسلمين ، الا صلحا أحل حراما ، أو حرم حلالا (١) •

ويتضح من ذلك أن الضمان فى الصلح يلزم المصالح ، بالامر المصالح عليه ، فاذا كان الصلح يتضمن مبادلة مال بمال ، فهو بيع ، وتجرى عليه أحكام الضمان المتعلقة بعقد البيع ، واذا كان الصلح يتضمن مبادلة منفعة بمال ، فهو اجارة فتجرى عليه أحكام الضمان فى الاجارة ، وقد ذكرنا هما •

ويقسم الشافعية الصلح الى قسمين : أحدهما يجرى بين المتداعيين، وهو نوعان : أحدهما : صلح على اقرار ، فان جرى على عين غير المدعاه كما اذا ادعى عليه دارا ، فأقر له بها ، وصالحه عنها بمعين كثوب ، فهو بيع للعين المدعاة من المدعى للمدعى عليه ، بلفظ الصلح ، ويسمى صلح المفاوضة ، تثبت فيه أحكامه ، أى البيع ، كالشفعة والرد بالعيب ، ومنع تصرفه فى المصالح عابه قبل قبضه ، واشتراط التقابض ان اتفقا أى المصالح والمصالح عليه ، فى علة الربا ، وغير ذلك من أحكامه ، كاشتراط

---

(١) الحطاب ، مواهب الجليل ، ج ٥ ، ص ٨١ •

التساوى ، اذا كانا جنسا ربويا • أو على منفعة فاجارة تثبت أحكامها ، أو على بعض العين المدعاة فهبة لبعضها لصاحب اليد ، فتثبت أحكامها ، ولا يصح بلفظ البيع ، والأصح صحته بلفظ الصلح (١) •

وبذلك تثبت للصلح أحكام البيع ، وتجرى عليه أحكام الضمان العقد اذا تم فى صورة بيع للعين المدعاة من المدعى للمدعى عليه ، بلفظ الصلح• كما تثبت له أحكام الاجارة ، وتجرى عليه أحكام ضمان عقد الاجارة ، اذا كانت على صورة المصالحة على منفعة ويذهب الى هذا الرأى فقهاء الحنابلة (٢) •

ويبين الحنفية حكم ضمان الصلح فى موضع الاقرار ، أو الانكار ، فيما لو استحقت العين أو بطلت المنفعة ، حيث يقول صاحب بدائـع الصنائع : ولو صالح على دراهم مسماة وضمنها ، ودفعها اليه ، ثم

---

(١) الخطيب ، مغنى المحتاج ، جـ ٢ ، ص ١٧٧ ، ١٧٨ .

(٢) يقول البهوتى : النوع الثانى من نوعى الصلح على اقرار ، ان يصالح عن الحق المقر بغير جنسه ، فهى معاوضة ، أى بيع ، كما اعترف لو له بعين فى يده ، أو دين فى ذمته ، ثم عوض عنه ما يجوز تعويضـه ، وهو ينقسم ثلاثة اقسام ، نبه عليها بقوله ، فان كان بأثمان عن اثمـان فصرف ، له حكمه ، لأن بيع احد النقدين بالاخر ، يشترط له القبض فى المجلس وان كان بعرض عن نقدأو كان عن العرض بنقد،أو كان عن العرض بعرض ، فبيع ، يشترط فيه ، لأنه مبادلة مال بمال ، والصلح عن دين يصح بغير جنسه بأكثر من الدين واقل منه ، لأنه بيع بشرط القبض قبل التفرق ، لئلا يصير بيع دين بدين ، ويحرم الصلح عن الدين بجنسه ، اذا كان مثليا مكيلا أو موزونا ، لا صناعة فيه مباحة يصح السلم فيه بأكثر من الدين أو اقل منه على سبيل المعاوضه ، لانه ربا ، لا ان ترك له بعض الدين ، واخذ الباقى على سبيل الابراء أو الحطيطه ، كما لو ابراه من الكل ، وتقدم ، وان كان الدين غير مكيل ولا موزون وصالحه عنه بأكثر منه من جنسه جاز ، لأن الواجب فى غير المثلى قيمته ، فالصلح فى الحقيقة عن القيمة ، وهى انما تكون من النقدين ، فاختلف الجنس ، فلا ربا ، وان كان الصلح عن نقد أو عرض بمنفعة كسكنى دار وخدمه عبد مدة معلومة أو صالحه عن ذلك ، على أن يعمل له عملا معلوما كخياطه ثوب وبناء حائط ، فهو اجاره ، لانها بيع المنافع . كشاف القناع ، جـ ٣ ، ص ٣٩٤ .

استحقت أو وجدها زيوفا ، له أن يرجع على المصالح المتوسط ، لأنه بالضمان التزم تسليم الجارية ، وسلامة المضمون ، ولو استحقت الدار المدعاة بعد الصلح عن اقرار ، كان للمدعى عليه أن يرجع بما دفع •

أما فى موضع الاقرار ، فلا شك فيه ، لأن المأخوذ عوض فى حقهما جميعا • وأما فى موضع الانكار ، فلأن المأخوذ عوض فى حق المدعى عن المدعى عليه وقد فات بالاستحقاق ، فيجب عليه رد عوضه • هذا اذا استحق كل الدار ، فأما اذا استحق بعضها ، فان كان ادعى جميع الدار ، يرجع بحصة ما استحق لفوات بعض ما هو عوض عن المستحق • وان كان ادعى فيها حقا لم يرجع بشيىء لجواز أن يكون المدعى ما وراء المستحق• المستحق •

واذا بطل الصلح على المنافع بموت أحد المتعاقدين ، وغير ذلك فى أثناء المدة ، فان كان الصلح عن اقرار ، رجع بالمدعى بقدر ما لم يستوف من المنفعة • وان كان عن انكار رجع الى الدعوى ، فى قدر ما لم يستوف من المنفعة (١)•

ويستفاد من ذلك أنه اذا تصالح على مبلغ معين ، فاستحق بأن ظهر أنه حق شخص آخر ، أو زائفة ، فانه يرجع على من توسط فى الصلح ، لأن هذا مقتضى الضمان • كذلك لو استحقت العين المصالح عليها عن اقرار أو عن انكار ، فان من حق المدعى عليه ، أن يسترد مادفعه، لأنه دفعة على سبيل المعاوضة ، فلما ظهر استحقاق العين فان له أن يأخذ عوضه • وفى الصلح على المنفعة ، اذا بطل لسبب يقتضى الابطال كموت أحد المتعاقدين مثلا ، فان للمدعى عليه أن يسترد بعض ما دفعه بما يقابل المنفعة التى لم يحصل عليها ، لأن ما دفعه كان على سبيل المعاوضة ، مذهب الحنفية : (١) يرى أن القرض يصح فى المثلى مالا تتفاوت عن اقرار أو عن انكار •

---

(١) الكاسانى ، بدائع الصنائع ، ج ٦ ، ص ٥٥ ، ٥٦ .

وثمة ملاحظة ، على الضمان فى عقد الصلح ، فان الضمان فيه مصدره العقد ، كالضمان فى عقد الاجارة ، كما أن الفقهاء متفقون على جريان أحكام ضمان البيع على الصلح ، فيما لو كان الصلح يتضمن مبادلة مال بمال ، وجريان أحكام ضمان الاجارة على الصلح ، الذى يقع على مبادلة المنفعة بمال .

الضمان فى عقد القرض :

الضمان فى عقد القرض ، يتبع المنصوص عليه فى العقد ، والذى وقع الاتفاق عليه بين الطرفين ، المقرض والمقترض ، لأن المعتمد فيه المساواة والتعادل بين المال المدفوع من الدائن ، والمال الموفى به من المدين ، وهو ما تدل عليه نصوص المذاهب الفقهية .

مذهب الحنفية : (1) يرى أن القرض يصح فى المثلى — ما لا تتفاوت آحاده أى تفاوتا تختلف به القيمة — هو محل ما يضمن بالمثل عند الاستهلاك ولا يصح القرض فى غير المثلى ، لتعذر رد المثل ، لأن القرض اعارة ابتداء معاوضة انتهاء ، اذ لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاك عينه فيستلزم ايجاب المثلى فى الذمة ، فان غير المثلى ، لا يجب دينا فى الذمة ويملكه المستقرض بالقبض كالصحيح ، والمقبوض بقرض فاسد ، يتعين للرد وفى القرض الجائز ، لا يتعين بل يرد المثل .

وتطبيقا لذلك ، يصح استقراض الدراهم والدنانير ، وما يكال أو يوزن أو يعد متقاربا ، كالجوز والبيض . فاذا استقرض فلوسا رائجة فكسدت فعليها مثلها كاسدة ، ولا يغرم قيمتها ، ولا عبرة بالغلاء والرخص فيها ، وكذا كل ما يكال ويوزن ، لأنه مضمون بمثله ، وهو

---

(1) ابن عابدين ، حاشية رد المختار ، جـ ٥ ، ص ١٦١ ، ١٦٢ .

قول أبو حنيفة والقول الثانى عليه قيمتها يوم القبض ، وهـو رأى الصاحبين فقد اتفقا على وجوب رد القيمة دون المثل ، لأنه لما بطل وصف الثمنية بالكساد تعذر رد عينها كما قبضها ، فيجب رد قيمتها • وفى قول ثالث عليه قيمتها فى آخر يوم رواجها وعليه الفتوى •

مذهب المالكية : يرى المذهب أن ضمان القرض يكون بالمثل ، فيما له مثل ، وبالقيمة فى القيميات • وهو ما نص عليه صاحب القـوانين الفقهيـة : فيما يجوز السلف فيه ، وهو كل ما يجـوز أن يثبت فى الذمة سلما من العين والطعام والعروض والحيوان •••

وفى أدائه ، هو — أى المقترض — مخير بين أن يؤدى مثل ما أخذ ، أو يرده بعينه ما دام على صفته ، وسواء كان من ذوات الأمثال ، وهو المعدود والمكيل والموزون ، أو من ذوات القيم كالعروض والحيوان فان وقع السلف فاسدا فسخ ، ويرجع الى المثل فى ذوات الأمثال ، والى القيمة فى غيرها •

مذهب الشافعية(١) : يرى المذهب جواز القرض فى كل مـال يملك بالبيع ، ويضبط بالوصف ، والضمان فيه بالمثل ، ويمكن أن يضـمن بالقيمة ، وها هى عبارة الشيرازى : ويجوز قرض كل مال يملك بالبيع ، ويضبط بالوصف ، لأنه عقد تمليك يثبت العوض فيه فى الذمة ، فجاز فيما يملك ويضبط بالوصف كالسلم • فأما ما لا يضبط بالوصف كالجواهر وغيرها ، ففيه وجهان : أحدهما لا يجوز ، لأن القرض يقتضى رد المثل ، وما لا يضبط بالوصف لا مثل له • والثانى يجوز ، لأن ما لا مثل له يضمنه المستقرض بالقيمة والجواهر كغيرها فى القيمة • ولا يجـوز الا فى مال معلوم القدر ، فان أقرضه دراهم لا يعرف وزنها أو طعاما لا يعرف كيله ، لم يجز ، لأن القرض يقتضى رد المثل ، فاذا لم يعـلم القدر لم يمكن القضاء •

---

(١) الشيرازى ، المهذب ، جـ ١ ، ص ٤٠١ •

مذهب الحنابلة : يجوز قرض كل ما يثبت فى الذمة سلما — أى سلفا — كما يجوز قرض المكيل والموزون ، اذ المعيار فى الجــواز أن يملك بالبيع ويضبط بالوصف كالشافعية ، والضمان فيه يكون بالمثــل أو القيمة ، يقول صاحب المغنى : ويجب رد المثل فى المكيل والموزون ، لا نعلم فيه خلافا . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم ، على أن من أسلف سلفا ، مما يجوز أن يسلف ، فرد عليه مثله ، أن ذلك جائز ، وأن للمسلف أخذ ذلك ، ولأن المكيل والموزون يضمن فى الغصب والاتلاف بمثله ، فكذا هنا . فأما ما غير المكيل والموزون ففيه وجهان :

أحدهما : يجب رد قيمته يوم القرض ، لأنه لا مثل له فيضــمنه بقيمته ، كحال الاتلاف والغصب .

والثانى : يجب رد مثله ، لأن النبى — صلى الله عليه وسلم — استسلف من رجل بكرا ، فرد مثله ، ويخالف الاتلاف ، فانه لا مسامحة فيه ، فوجبت القيمة ، لأنها أحصر ، والقرض أسهل ، ولهــذا جازت النسيئة فيه فيما فيه الربا ، ويعتبر مثل صفاته تقريبا ، فان حقيقــة المثل انما توجد فى المكيل والموزون ، فان تعذر المثل فعليه قيمته يوم تعذر المثل ، لأن القيمة ثبتت فى ذمته حينئذ . واذا قلنا : تجب القيمة ، وجبت حين القرض ، لأنها حينئذ ثبتت فى ذمته (١) .

مذهب الظاهرية : يجوز القرض فى المذهب ، فى كل ما يجوز تمليكه وتملكه ، ويكون الضمان فيه بالمثل فقط ، وهو ما عناه ابن حزم بقوله : والقرض جائز فى كل ما يحل تملكه وتمليكه بهبة أو غيرها ، سواء جاز بيعه أو لم يجز ، لأن البيع لا يجوز الا بثمن . ويجوز بغير نوع مابعت. ولا يجوز فى القرض الا رد مثل ما اقترض ، لا من سوى نوعه أصلا (٢).

---

(١) ابن قدامة ، المغنى ، جـ ٤ ، ص ٣٥٢ ، ٣٥٣ .

(٢) ابن حزم ، المحلى ، جـ ٨ ، ص ٧٧ .

ويتبين من هذا العرض للمذاهب الفقهية ، أنها تتفق فى بعض الامور، وتختلف فى بعضها الآخر •

١ — يجوز قرض المثلى ، وهو مالا تتفاوت آحاده ، تفاوتا تختلف به القيمة ، ولأنه يملك بالبيع ويضبط بالوصف •

٢ — يكون الضمان فى عقد القرض بالمثل ، لأن الضمان به تام صورة ومعنى ، لذلك كان الاصل فى الضمان •

٣ — يصح الضمان بالقيمة ، كبديل عن المثل فى بعض المذاهب ، حيث تعذر رد المثل ، لأنه اذا لم يمكن المساواة صورة ومعنى ، انتقل الضمان الى المساواة المالية ، وهى مساواة فى المعنى فقط • ومن المذاهب ما أجاز ضمان القيمة بجانب ضمان المثل ، ومنها ما اقتصر على الضمان بالمثل فقط ، ومنع الضمان بالقيمة •

٤ — اختلفت المذاهب فى صحة الاقراض بأنواع من المال ، فمن المذاهب ما صحح القرض فى الحيوان ، ومنها ما منعة ، بحسب المعيار الذى اعتمد عليه فيما يجوز اقراضه ومالا يجوز •

٥ — تعتبر المذاهب الفقهية ، أن الضمان فى القرض ، من قبيل ضمان العقد ، لان الضمان فيه ينبنى على التعاقد ، ويعتمد ارادة الطرفين ، ويلتزم بالمنصوص عليه ، الى أقصى درجة من الالتزام ، لذلك كان القول ، بأن الضمان يكون بالمثل ، لانه موجب العقد •

الضمان فى عقد الكفالة :

الكفالة ضمان بأصل وضعها الشرعى ، وهى عقد شرع لتوثيق الحق وضمان أدائه ، وهو موضع اتفاق بين أئمة الفقه الشرعى • والضمان الذى نقصده فى الكفالة ، هو ذلك النوع المتعلق بالمال ، لانه الضمان المتعلق بالعقد ، ونصوص الفقه الاسلامى متضافرة على هــذا المعنى•

فها هو صاحب الهداية ، يقول : وأما الكفالة بالمال فجائزة معلوما كان المكفول أو مجهولا ، اذا كان دينا صحيحا ، مثل أن يقول تكفلت عنه

بألف ، أو بمالك عليه ، أوبما يدركك فى هذا البيع ، لان مبنى الكفالة على التوسع فيتحمل فيها الجهالة ، وعلى الكفالة بالدرك اجماع ، وكفى به حجة • وصار كما اذا كفل بشجة صحت الكفالة ، وان احتملت السراية والاقتصار ، وشرط أن يكون دينا صحيحا ومراده ألا يكون بدل الكتابة (١) •

وعند المالكية ، تجوز الكفالة فى المال المجهول ، فمن قال لآخر ماثبت لك قبل فلان ، فأنا ضامن له ، فاستحق عليه مالا ، كان هذا الكفيل ضامنا له ، يقول الحطاب : قال ابن يونس فى كتاب الحمالة ، قد تقدم أن الحمالة بالمال المجهول جائزة ، فكذلك الحمالة بالمال الى أجل مجهول جائزة ، ويضرب له من الاجل بقدر مايرى • قال ابن القاسم : ومن قال لرجل : ان لم يوفك فلان حقك ، فهو على ، ولم يضرب لذلك أجلا ، تلوم له السلطان بقدر ما يرى ثم لزمه المال ، الا أن يكون الفريم حاضرا مليا • وان قال ان لم يوفك فلان حقك ، حتى يموت فهو على ، فلاشىء على الوكيل ، حتى يموت الفريم ، يريد يموت عديما (٢) •

وعند الشافعية ، يجوز الضمان فى المال المقابل للعين أو المنفعة أو فوات النفس أو العضو ، فالضمان كما يجوز فى عقود القرض أو البيع أو الاجارة أو النكاح ، فانه يجوز فى الدية أو الأرش ، يقول المزنى ، قلت أنا : وكذلك كل ضامن فى دين وكفالة بدين وأجرة ومهر ، وضمان عهده وأرش جرح ودية نفس ، فان أدى ذلك الضامن عن المضمون عنه بأمره رجع به عليه ، وان أداه بغير أمره ، كان متطوعا لا يرجع به

وعند الحنابلة يصح الضمان فى المال مطلقا ، فيصح ضمان المجهول ، مثل أن يقول : أنا ضامن لك مالك على فلان ، أو مايقضى به عليه ، أو ما تقوم به البينه أو يقربه لك ، لأنه التزام حق فى الذمة من غير

---

(١) المرغينانى ، الهداية ، جـ ٣ ، ص ٩٠ .

(٢) الحطاب ، مواهب الجليل ، جـ ٥ ، ص ١٠١ .

(٣) المزنى ، مختصر المزنى على الأم ، جـ ٢ ، ص ٢٢٨ .

معاوضة كما يصح ضمان مال لم يجب ، ويصح الضمان أيضا عن كل من وجب عليه حق حيا كان أو ميتا ، مليئا أو مفلسا ، لأنه دين ثابت فصح ضمانه •

ويصح الضمان فى كل حق ، أعنى من الحقوق المالية الواجبة ، أو التى تؤول الى الوجوب ، كثمن المبيع فى مدة الخيار وبعده ، والأجرة والمهر قبل الدخول أو بعده ، لأن هذه الحقوق لازمة ، وجواز سقوطها لايمنع ضمانها كالثمن فى المبيع بعد انقضاء الخيار ، ويجوز أن يسقط برد بعيب أو مقابلة •

واذا صح الضمان لزم الضامن أداء ماضمنه ، وكان المضمون له مطالبته ، ولا نعلم فى هذا خلافا ، وهو فائدة الضمان ، وقد دل قول النبى — صلى الله عليه وسلم — الزعيم غارم » واشتقاق اللفظ (١) • ومعنى غارم أى ضامن •

وعند الظاهرية لا يجوز ضمان مالا يدرى مقداره ، فضمان المجهول غير جائز ، مثل أن يقول له : أنا أضمن عنك ما لفلان عليك • ويستدل ابن حزم على ذلك بقوله تعالى : لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ، الاأن تكون تجارة عن تراض عنكم » ولا خباره عليه السلام : أنه لا يحل مال مسلم الا بطيب نفس منه « والتراضى وطيب النفس لا يكون الا عن معلوم القدر ، هذا أمر يعلم بالحس والمشاهدة •

ولا يجوز ضمان مال يجب بعد كمن قال لآخر : أنا أضمن لك ماتستقرضه من فلان » أو قال له : اقترض من فلان دينارا ، وأنا أضمنه عنك • أو قال له : أقرض فلانا دينارا ، وأنا أضمنه لك ، وهو قول ابن أبى ليلى ومحمد بن الحسن والشافعى وأبى سليمان ، لأنه شرط ليس فى كتاب الله عز وجل فهو باطل • ولأن الضمان عقد واجب ، ولايجوز الواجب فى غير واجب ، وهو التزام مالم يلزم بعد ، وهذا محال وقول متفاسد • وكل عقد لم يلزم حين التزامه ، فلا يجوز أن يلزم فى ثان ، وفى حين

---

(١) ابن قدامه ، المغنى ، ج ٤ ، ص ٥٩٢ — ٥٩٤ .

لم يلتزم فيه وقد لا يفرضه ما قال له ، وقد يموت القائل ، لذلك قبل أن يقرضه ما أمره باقراضه ، فصح بكل هذا ، أنه لا يلزم ذلك القول[1] •

ومن مجموع هذه النصوص والاتجاهات الفقهية ، يمكن أن نستخلص رأى الفقه الاسلامى فى حكم ضمان الكفالة •

١ — أن ضمان المال جائز ، لأنه من باب الاستيثاق بالحق ، وتقوية الالتزام •

٢ —أن ضمان العقد ، لتقوية الالتزامات الناشئة عنه ، صحيح لأن هذا أداء الحقوق ، والوفاء بالمعاملات ، وهو من مطلوبات الشرع الاسلامى •

٣ — ويترتب على ذلك صحة ضمان المال فى عقد البيع والدين فى عقد القرض ، والمهر فى عقد النكاح ، والأجرة فى عقد الاجارة ، كما يجوز ضمان ديه النفس وأرش اذهاب منفعة العضو • والضمان الجائز يكون فى عقود المعاوضات ، لأنه يرد على الالتزام الواجب بمقتضى العقد •

٤ — يصح ضمان المال المجهول كما يجوز ضمان المال المعلوم ، ويصح ضمان الدرك ، مثل ضمان ما يدركك فى هذا البيع ، أو ضمان الدين الذى لك على فلان ، لأنه دين ثابت فصح ضمانه ، ولأنه التزام حق فى الذمة من غير عوض عنه ، وهو جائز • واذا كان الفقهاء يصححون هذا الضمان ، فان الفقه الظاهرى ، لا يجيز هذا النوع من الضمان ، فضمان المال المجهول ومايتعلق به ، غير صحيح ، لأنه من قبيل التزام مالا يلزم ، وهو من باب المحال •

٥ — ان الضمان فى الكفالة ، يلزم الضامن بأداء ما ضمنه ، لأن هذا هو مقصود الضمان ، والاثر المترتب عليه ، وهو معنى قول النبى

---

(١) ابن حزم ، المحلى ، ج ٨ ، ص ١١٧ •

- صلى الله عليه وسلم - الزعيم غارم - أى الكفيل ضامن • وهذا الضمان تشغل به ذمة الكفيل ، ومن ثم تشغل بأداء المضمون ، ويحق للمضمون له مطالبة الكفيل بالأداء •

٦ - أن ضمان الكفالة يندرج ضمن العقد ، وبمعنى أدق التصرف القانونى لأنه فى نظر بعض الفقه عقد بين طرفين ، وهو المعنى الأخص للعقود ، وفى نظر البعض الآخر ، عهد أو التزام من طرف واحد ، هو الكفيل ، حيث يتم بارادته المنفردة ، وهو العقد بالمعنى الأعم ، فيكون الضمان فيها مبنيا على الارادة والرضا •

٧ - أن افراد الكفالة وقصرها على الضمان بشتى صوره وأحكامه، فهى تشمل ضمان النفس والعين والمنفعة والدين ، هـذا التخصـص للضمان فى الكفالة ، دليل على تشديد الفقه الاسلامى على الضمان ، وبيان على اتجاهه نحو توثيق الحقوق ، والوفاء بالالتزامات ، وهذا آية على أهمية الضمان ، وقوة ظهوره فى الفقه الاسلامى •

الضمان فى الخلع :

الضمان فى الخلع ، ضمان عقد عند بعض الفقهاء ، يجب فيه المسمى فى العقد ، أو المتفق عليه فيه بين الزوجين ، أو المثل ، ويقتضى بيان حقيقة الضمان فيه ، ايراد بعض نصوص المذاهب الفقهية •

فالخلع فى المذهب الحنفى ، عقد ينعقد بايجاب وقبول يعبر بهما عن الماضى ، وهو من عقود المعاوضات ، اذ يتم بعوض مالى تدفعه المرأة ، لأن الخلع فى جانبها معاوضة بالمال ، ومعتمدة الرضا بين الزوج والزوجة اذ لابد فيه من قبول العوض ، ليكون لازما فى جانب الزوجة ، والعوض الواجب فى الخلع يصح أن يكون معلوما أو مجهولا ، وهو ما يميز الخلع عن النكاح الذى لايصح الا فى العوض المعلوم ، ذلك لأنه على حد تعبير الكاسانى : ليس كل ما يصح عوضا فى الخلع ، يصلح عوضا فى النكاح ، لأن باب الخلع أوسع ، اذ هو يتحمل جهالة لايتحملها النكاح ، لذا اختص وجوب المسمى فيه بشرط لم يشترط فى النكاح لوجوب المس

وهو تسمية مال متقوم موجود وقت الخلع معلوم أو مجهول جهالة قليلة أو كثيرة ، واذا لم تكن متفاحشة . فان وجد هذا الشرط وجب الجعل ، والا فلا يجب . وهل يجب عليها رد ما استحقته من المسمى أو مهر المثل بعقد النكاح ، ينظر ان كان المسمى مالا متقوما يجب . وان كان معدوما وقت الخلع أو مجهولا جهالة متفاحشة كجهالة الجنس وما يجرى مجراها . وان لم يكن المسمى مالا متقوما ، فلا شيىء عليها أصلا ، وتقع الفرقة . ثم الجعل فى الخلع ، ان كان مما يصح تسميته مهرا فى النكاح، فحكمه حكم المهر ، أعنى أن المسمى فى النكاح ان يصح تسميته مهرا فى النكاح ، فحكمه حكم المهر ، أعنى أن المسمى فى النكاح ان كان ممايجبر الزوج على تسليم عينه الى المرأة ، ففى الخلع تجبر المرأة على تسليم عينه الى الزوج . وان كان مما يتخير الزوج بين تسليم الوسط منه وبين تسليم قيمته ، ففى الخلع تتخير المرأة كالعبد والفرس ونحو ذلك ، لأن المسمى فى العقدين جميعا عوض عن ملك النكاح ، الا أنه فى أحدهما عوض عنه ثبوتا وفى الآخر سقوطا ، فيعتبر أحد العقدين بالآخر فى هذا الحكم ، والقيمة فيما يوجب الوسط منه أصل ، لأن كونه وسطا يعرف بها (١).

والضمان فى الخلع فى مذهب مالك يتم بالرضا بين الرجل والمرأة ، وفيه تبذل المرأة العوض على طلاقها ويجوز الخلع بمثل الصداق أو بأقل منه ، تأسيسا على أنه عوض فى المعاملات ، فالعبرة فيه بالتراضى، ويصح أن يكون العوض مجهولا ، ومعدوما ، لأنه من باب الهبة ، وهى تجوز فى المعلوم والمجهول (٢) .

والخلع فى المذهب الشافعى ، عقد ، والضمان فيه من قبيل المعاوضة ويصح منجزا بأن يوقع الفرقة بعوض ، ويصح غير منجز بأن يكون معلقا على ضمان مال أو دفع مال ، مثل أن يقول لها : ان ضمنت لى ألفا فأنت طالق ، لم يصح الضمان الا على الفور ، الا أنه لفظ شرط ، ويحتمل

(١) الكاسانى ، بدائع الصنائع ، ج ٣ ، ص ١٤٧ .
(٢) ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج ٢ ، ص ٦٨ .

الفور والتراضى ، الا أنه لما ذكر العوض صار تمليكا بعوض ، فاقتضى الجواب على الفور ، كالتمليك فى المعاوضات •

وأما بالنسبة لمقابل الخلع ، أو ما يصح فيه الضمان ، فان العوض يكون فى القليل والكثير ، فلا يشترط فيه المماثلة ، بل العبرة بما يقع الاتفاق عليه ، كما يصح بالدين والعين والمال والمنفعة ، لأنه عقد على منفعة البضع فجاز فى هذه الأشياء ، لذلك ان خالعها على أن تكفل ولده عشر سنين وبين مدة الرضاع وقدر النفقة وصفتها ، فانه يصح •

وأما عن حكم الضمان فيه ، يعبر الشيرازى عنه بقوله : وان خالعها خلعا منجزا على عوض ملك العوض بالعقد ، وضمن بالقبض كالصداق• فان كان عينا فهلكت قبل القبض ، أو خرج مستحقا أوعلىعبد فخرج حرا ، أو على خل فخرج خمرا ، رجع الى مهر المثل فى قوله الجديد ، والى بدل المسمى فى قوله القديم ، كما فى الصداق • وان خالعها على أن ترضع ولده ، فماتت فهو كالعين اذا هلكت قبل القبض (١) •

وفى مذهب أحمد ، يجوز أن يكون العوض فى الخلع مجهولا ، وهو عقد يحصل به اسقاط حق الرجل فى البضع مقابل بدل معين ، والاسقاط تجرى فيه المسامحة ، ويعتمد على التراضى ، لذلك جاز أن يكون العوض قليلا أو كثيرا، معلوما أو مجهولا ، ويصح بالعين والمنفعة•

وبالنسبة لضمان العوض فى الخلع ، فيقول صاحب المغنى : والعوض فى الخلع كالعوض فى الصداق والبيع ، ان كان مكيلا أو موزونا ، لم يدخل فى ضمان الزوج ، ولم يملك التصرف فيه ، الا بقبضه ، وان كان غيرهما دخل فى ضمانه بمجرد الخلع ، وصح تصرفه فيه : قال أحمد : فى امرأة قالت لزوجها : اجعل أمرى بيدى ، ولك هذا العبد ، ففعل ثم خيرت فاختارت نفسها بعد مامات العبد جائز ، وليس عليها شيىء • قال : ولو اعتقت العبد ، ثم اختارت نفسها ، لم يصح عتقها له ، فلم يصح عتقها له،

---

(١) الشيرازى ، المهذب ، ج ٢ ، ص ٩٣ •

لأن ملكها زال عنه بجعلها له عوضا فى الخلع ، ولم يضمنها اياه اذا تلف ، لأنه عوض معين غير مكيل ولا موزون ، فدخل فى ضمان الزوج بمجرد العقد ، ويخرج فيه وجه أنه لا يدخل فى ضمانه ، ولايصح تصرفه فيه ، حتى يقبضه كما فى عوض البيع وفى الصداق • وأما المكيل والموزون ، فلا يصح تصرفه فيه ، ولايدخل فى ضمانه حتى يقبضه • فان تلف قبل قبضة ، فالواجب مثله ، لأنه من ذوات الامثال (١)•

وفى المذهب الظاهرى ، يصح الخلع بتراض الزوجين على عوض معلوم ، والضمان فيه على سبيل المعاوضة ، يقول ابن حزم : ومن خالع على مجهول فهو باطل ، لأنه لايدرى هو ما يجب له عندها ولا تدريه هى ، فهو عقد فاسد • وكل طلاق لم يصح الا بصحة مالا صحة له ، فهو غير صحيح ، واذا كان غير صحيح ، فلم يطلق أصلا • والعجب كله احتجاجهم فى خلاف هذا بقول الله عز وجل : فلا جناح عليهما فيما افتدت به « قالوا : هذا عموم ، فقلنا : نعم عموم لما يحل عقده وملكه ، لا للحرام ، ولو كان ذلك لجاز أن يفتدى من زوجته بأن يزنى بها متى أراد وبزق خمر ، ويصح له ملكه ، وبأن لا يصلى وما أشبه ذلك •

والخلع على عمل محدود جائز ، لدخوله تحت قوله تعالى : فلا جناح عليهما فيما افتدت به » هذا اذا كان ذلك العمل مباحا ، تجوز المعاوضة فيه ، بالاجارة وغيرها (١) •

ومن ذلك يتقرر أن الضمان فى الخلع ، يتعلق به الاحكام الفقهية الآتية :

١ — أن ضمان الخلع يعد من قبيل ضمان العقد ، عند جمهور الفقهاء ، بما يتطلبـــه العقد من توافق ارادتين بين الرجل والمرأة ، وتوفر عنصر الرضا فيه •

---

(١) ابن قدامة ، المغنى ، جـ ٧ ، ص ٦٦ ، ٦٧ .

(١) ابن حزم ، المعلى ، جـ ١٠ ، ص ٢٤٣ ، ٢٤٤ .

٢ ـ أن الضمان فى الخلع ، يصح فى المال المجهول والمال المعلوم ، كما يصح فى المال القليل أو الكثير ، فى المذاهب الأربعة ، ويصح فى المال الموجود أو المال المعدوم فى الحال ويوجد فى المستقبل فى المذهب المالكى. ولا يصح فى المذهب الظاهرى الضمان فى المجهول ، لأن الالتزام لا يصح الا فى معلوم ، ليتمكن من الوفاء به .

٣ ـ يذهب بعض الفقه الى أن محل الضمان فى الخلع ، قد يكون دينا أو عينا ، أو مالا ، أو منفعة ، لأن مقابل المنفعة البضع ، فيجوز فى أى منها ، وهو ما قال به الفقه الشافعى ، والحنبلى .

٤ ـ يقرر بعض الفقه ، أن الضمان يصح منجزا ، بأن تترتب عليه آثاره فى الحال ، ويصح أن يكون معلقا على شرط ، الا أن الضمان اذا كان مشروطا ، فانه يجب على الفور لكونه صار كالتمليك بعوض .

٥ ـ أن حكم الضمان فى الخلع ، وجوب الوفاء بالمتفق عليه ، أو ما سماه الطرفان فى العقد فان لم يكن دفع المسمى ، وجبت القيمة ، وهو ما نص عليه الحنفية . وعند الشافعى يضمن العوض الهالك أو المستحق ، بالمسمى فى العقد فى مذهبه القديم ، أو يكون الضمان بمهر المثل فى مذهبه الجديد . وعند الامام أحمد ، اذا تلف العوض فانه يضمن بالمثل ، لأنه من ذوات الأمثال .

هذه هى أحكام ضمان العقد فى الفقه الاسلامى ، تناولنا الضمان فى عقود المعاوضات منها ، وهناك بعض العقود التى يجرى فيها الضمان عند بعض الفقهاء كعقد العارية وغيرها ، ذكرنا حكم الضمان فيها فى موضعها ، من هذه الدراسة ، فيرجع اليه .

ويتضح من بيان أحكام ضمان العقد ، أن هناك فرقا واضحا بين نظر الفقه الاسلامى ، والقانون الوضعى ، فيما يتعلق بمفهوم الضمان، وكيفية الضمان ، ونطاق الضمان فى كل من الفقهين الوضعى والاسلامى وهى تفرقة انعكس أثرها على أجازة بعض أحكام فى القانون الوضعى، لا تجيزها نظرية الضمان فى الفقه الاسلامى ، أو لا تجيزها فى الحكم

العام ، كما ترتب على ذلك أن طريقة تنفيذ الالتزامات العقدية يختلف فى الفقه الاسلامى ، عنه فى الفقه الوضعى ، فالفقه الاسلامى يركز على التنفيذ العينى للالتزام ، لأن هذا التنفيذ هو الضمان الأول ، فى حين أن الفقه الوضعى ، لا يرى قيام المسئولية العقدية ، فى حالة التنفيذ العينى للالتزام ، وانما يراها فى التعويض عند عدم التنفيذ بالاضافة الى وجود أوجه أخرى للتفرقة بين المسئولية العقدية فى التقنين المدنى ، وضمان العقد فى الفقه الاسلامى ، مردها الى اختـــلاف طبيعة العقود وموجباتها فى كل من الفقه الاسلامى ، والفقه القانونى .

الفصل الرابع

حكم الضمان أو التعويض

أسلفنا القول بأن العقد ، يحمل طرفيه بالتزامات ناشئة عنه ، طبقا لنوع الالتزام الذى ينبغى الوفاء به ، من جانب كل منهما ، ومن أثر هذا الالتزام أن يضمن المدين فى العقد ، بسبب عدم التنفيذ ، أو التأخر عن التنفيذ ، وهذا الضمان مصدره العقد ، لأن الضمان فى العقد أساسه ارادة المتعاقدين ، فانه لما كان فى عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو تخلفه عنه، يلحق الضرر به ، وقد يفوت عليه مقصودة من العقد ، فان مسألة الضمان أو التعويض تثار عندئذ ، لجبر الضرر ، وازالة الخطأ•

المبحث الأول

التعويض فى فقه القانون

يقضى القانون بالزام المدين بالتعويض ، اذا لم يستطيع الوفاء بتنفيذ التزامه عينا ، وكذلك اذا تأخر فى تنفيذ التزامه ، وهو مانصت عليه م ١٥ من التقنين المدنى : اذا استحال على المدين ، ان ينفذ الالتزام عينا ، حكم عليه بالتعويض ، لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى ، لا يدله فيه ، ويكون الحكم كذلك اذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه • فالتعويض جزاء يوقع على المدين ، نتيجة عدم قدرته على التنفيذ العينى للالتزام وبديل عنه ، أو لتأخره فى التنفيذ •

وهذا التعويض واجب بحكم القانون ، تأسيسا على قواعد المسئولية العقدية •وهذا التعويض قد يتفق عليه المتعاقد ان فى العقد ،

بالنص فيه على أن يدفع المدين مبلغا معينا من المال ، عند الاخلال بالوفاء بالتزامه ، ويطلق على هذا النوع من التعويض ، التعويض الاتفاقى ، أو الشرط الجزائى ، ومصدره ارادة المتعاقدين ، وهو تقدير ابتدائى للتعويض ، مشروط للحكم به ، توفر عناصر المسئولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما ، ويخضع القضاء به ، لرقابة القاضى ، فهذا النوع من التعويض يحدد فيه المتعاقدان مقدما قيمة التعويض بالنص عليها فى العقد ، أو فى اتفاق لاحق » .

والتعويض الاتفاقى ، يكون فى حدود الضرر المتوقع ، وهو الضرر المباشر ، الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد (١) . اذ هو الضرر الذى يدخل فى دائرة التعاقد والذى يتعلق بالالتزام الأساسى فى العقد بحيث يكون الاخلال به ، من شأنه أن يصيب العاقد الآخر بضرر مباشر، أما اذا كان الضرر غير متوقع فان المتعاقد لا يسأل عنه ، على اعتبار أن التعويض فى المسئولية العقدية لا يكون الا عن الضرر المتوقع ، والمثال على ذلك اذا أصيب الراكب فى حادث وتحققت مسئولية أمين النقل العقدية، لم يكن أمين النقل مسئولا قبل الراكب وورثته من بعده ، الا عن الضرر المتوقع عن هذا الحادث . اما اذا طالبت الورثة بتعويض باسمهم لشخص ، لا باعتبارهم ورثة ، فان ذلك يكون على أساس المسئولية

---

(١) وقد نصت على هذا م ٢/٢٢١ : ومع ذلك اذا كان الالزام مصدره العقد ، فلا يلتزم المدين الذى لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما ، الا بتعويض الضرر ، الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد .

وجاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى :—

ويكون للمسئولية التعاقدية ، فى حالة الغش والخطأ الجسيم ، حكم المسئولية التقصيرية ، أما غير هاتين الحالتين ، فلا يسأل عن النتيجة الطبيعية للتخلف عن الوفاء بمجردها ، بل يشترط أن تكون النتيجة مما يمكن توقعه عادة وقت التعاقد . فاذا لم يتحقق فى النتيجة هذا الشرط ، خرجت بذلك من نطاق المسئولية التعاقدية ، وسقط وجوب التعويض عنها . ويراعى فى هذا الصدد أن توقع المتعاقدين للضرر الواجب تعويضه ، يجب الا يقتصر على مصدر هذا الضرر أو سببه ، بل ينبغى أن يتناول فوق ذلك مقداره ومداه .

مجموعة الأعمال التحضيرية ، ٢ ، ص ٥٦٥ .

التقصيرية ، ويستطيعون على هذا الاساس أن يحصلوا على تعويض ما أصابهم ، لا ما أصاب مورثهم من ضرر متوقع أو غير متوقع (١) •

وبتحديد أكثر ، فان الضرر المباشر المتوقع هو الضرر الذى يتوقعه الشخص العادى عند ابرام العقد ، نتيجة عدم تنفيذ العقد أو التأخر فى تنفيذه ، فهو من ثم — الأثر الحادث بسبب المسلك الخاطىء للمتعاقد، والمترتب عليه بصورة طبيعية ومباشرة •

والقاعدة أن المسئولية العقدية ، لا تكون الا عن الضرر المباشر المتوقع فلا يسأل المتعاقد عن الضررر المباشر غير المتوقع ، اذا ارتكب غشـــا ، أى خطأ عمديا ، أو ارتكب خطأ جسيما ، وهو فى حكم الخطأ العمدى ، لأن من يرتكب الخطأ ، ينبغى أن يسأل عن كافة الأضرار ، التى نتجت مباشرة عن خطئه ، سواء كانت متوقعة أو غير متوقعة (٢) •

ويكون التعويض عن الضرر المتوقع وقت ابرام العقد ، لأنه الوقت الذى ينشأ فيه الالتزام ، وتتقرر فيه المسئولية ، وهذا ما نصت عليه م ٢٢١/ ٢ ومع ذلك اذا كان الالتزام مصدره العقد ، فلا يلتزم المدين ، الذى لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما ، الا بتعويض الضررر ، الذى كان بمكن توقعه عادة وقت التعاقد •

وبالاضافة الى التعويض الاتفاقى هناك التعويض القانونى ، بأن يكون محل الالتزام فى العقد مبلغا من النقود ، فاذا تقاعس المدين عن الوفاء به ، أو تأخر فى دفعه ، استحق الدائن مقـــابل ذلك تعويضـــا قانونيا •

ومن وجه آخر ، فان التعويض فى القانون ، اذا لم يكن مقدرا فى العقد أو منصوصا عليه قانونا ، فان القاضى يقوم بتقديره ، ويشمل التعويض مالحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، بشرط أن يكون

---

(١) د. عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط فى القانون المدنى ، مرجع سابق ، ص ٩٣٤ •

(٢) د. عبد الناصر العطار ، نظرية الالتزام ، مرجع سابق ، ص ٢٢٧ •

التعويض نتيجة طبيعة لعدم الوفاء بالالتزام ، أو للتأخر فى الوفاء به • ويعتبر الضرر نتيجة طبيعيـــة ، اذا لم يكن فى اســتطاعة الدائن ، أن يتوقاه ببذل جهد معقول • م ٢٢١ » •

والمعيار الذى أخذ به الفقه القانونى ، بشأن مدى التعويض : معيار واسع ، لا يقتصر على الضرر المحقق الواقع فعلا ، وهو ما لحق الدائن من خسارة نتيجة عدم الوفاء ، أو التأخر فيه ، وانما يشمل الضرر أيضا ، الضرر المحتمل غير محقق الوقوع (١)، ويتصور ذلك فيما لو لم يوف المدين الدين فى الأجل المحدد ، فنتج عن ذلك عجز الدائن عن سداد قيمة البضاعة فى هذا الأجل ، فطبق عليه الشرط الجزائى فى العقـــد ، بدفع المبلغ المتفق عليه زيادة عن القيمة ، فهذا ضررر محقق ، يتمثل فى الخسارة التى لحقت به من جراء تأخر مدينه عن الوفاء بالتزامه فى الأجل المحدد ، ثم انه كان بصدد أن يتعاقد على كمية أخرى من البضاعة بالسعر القديم ، يستطيع أن يبيعها بالسعر الجديد الأعلى من السعر القديم ، فهذا ضرر محتمل الوقوع ، يتمثل فى الكسب الذى فات الدائن، بسبب عدم وفاء مدينه بالدين فى الأجل المحدد•

كما يشمل التعويض فى القانون الضرر الأدبى أو المعنوى ، وهو الضرر الذى لا يدرك بالحس ، بل يقصد به الضرر الذى يلحق غير المال

---

(١) ويلاحظ أن الضرر المتوقع ، يقاس بمعيار موضوعى لا بمعيـــار شخصى بمعنى أنه هو ذلك الضرر الذى يتوقعه الشخص المعتاد ، فى مثل الظروف الخارجية التى وجد فيها المدين ، لا الضرر الذى يتوقعه هـــذا المدين بالذات ، وهذا يفرض على المدين ، أن يتبين الظروف المحيطة به ، والتى بموجبها يتوقع الشخص العادى الضرر ، فان لم يتبنيها وحدث الضرر ، فانه يكون متوقعا ، اذ الشخص العادى لا يهمل فى تبين هـــذه الظروف ، ولا يكون فى وقوع الضرر فى ظلها مفاجأة له . ويهتدى القضاء فى تقدير توقع الضرر أو عدم توقعة بظروف التعاقد ، ففيما يتعلق بنقل الحقائب بالسكة الحديد يملك القضاء سلطة تقديرية فى تحقيق قيمة التعويض المطلوب ، بالنظر الى حظ المسافر من الثراء ، والى مهنته والى الملابسات التى أحاطت بالسفر ، كشروط السفر ، والغرض من الرحلة ، الى غير ذلـــك .

د. السنهورى ، الوسيط ، مرجع سابق ، ص ٩٣٨ بالهامش .

أو فى عبارة أخرى ، الذى لا يمس الذمة المالية بأى وجه ، فهو ضرر يلحق الشخص فى غير حقوقه المالية ، وربما كان الأدق تسميته بالضرر غير المالى (١) • والتعويض عن الضرر الأدبى لا يجوز أن ينتقل الى الغير، الا اذا تحدد بمقتضى اتفاق ، أو طالب الدائن به أمام القضاء •

ومع ذلك لا يجوز الحكم بالتعويض ، الا للأزواج والأقارب ، الى الدرجة الثانية ، عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب م ٢٢٢ •

التعويض فى الفقه الشرعى :

الالتزامات فى العقود الشرعية ، يجب أداؤها بحسب طبيعة المحل فيها ، اذ أن هذا هو الأصل فى الوفاء ، وموجب كل عقد ، والغرض المقصود منه ، فان العقود أسباب موصلة لغاية معينة ، تتمثل فى سد حاجة ، أو الحصول على منفعة ، أو تحقيق غرض مشروع ، وهو مايختلف باختلاف العقود •

والأثر المترتب على هذا الأصل ، أن العقد يجب تنفيذه ، وفقا لما اتجهت اليه ارادة المتعاقدين ، بأداء الالتزام فيه اختيارا ، فان امتنع عن تنفيذ موجب المحل فيه ، أجبر عليه وفاءا بالعقود ، وتحقيقا للأغراض المبتغاه من العقد ، وهذا من ضمان العقود بالمعنى الشرعى •

وبيان ذلك بالنسبة لمحل الالتزام فى العقد ، أن الضمان اذا كان متعلقا بمال ، بأن كان حق الدائن فى العقد عبارة عن مبلغ من العقود فان الذمة تشغل به ، كما فى ضمان الدين ، فيجبر المدين على دفعه ان لم يوف به اختيارا ، بأن يحكم القضاء عليه بالوفاء بما عليه من مال بمثله ومقداره ، وينفذ الحكم فى ماله ، فان كان دينه دراهم وله

---

(١) د. محمود جمال زكى ، الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات ، مرجع سابق ، ص ٥٥٥ .

دراهم ، قضى القاضى بغير أمره ، وهذا بالاجماع ، لأن للدائن حـق الأخذ من غير رضاه ، فللقاضى أن يعينه (١) على الحصول على دينه .

واذا كان محل الالتزام فى العقد ، عينا من الأعيان ، أو عمل ، فان العاقد عليه أن يسلم العين ، وأن يؤدى العمل اختيارا ، فان امتنع أجبر على تسليم العين ، كما فى التزام البائع بتسليم المبيع الى المشترى كما يجبر على أداء العمل الملتزم به بموجب العقد ، كما فى التزام الأجير بخياطة الثوب ، اذا امتنع عنه بعد اقتضاء أجرته .

لكن اذا كان هذا هو الأصل فى ضمان العقد ، فهل يعنى ذلك أن الضمان بمعنى التعويض الذى أخذ به القانون غير جائز فى الفقـه الاسلامى هذا ما يحتاج فى بيانه الى بعض التفصيل .

التعويض الاتفاقى :

ينبغى أن نعلم ، أن الرضاأصل فى العقود ، فالقاعدة أن ما يتفق عليه المتعاقدان فى العقد واجب الوفاء به ، متى كان ينطوى على مبادلة مال بمال ، ويخول المشرع للعاقدين حرية الاشتراط عند التعاقد ، فيما لا يتضمن أكل الربا المحرم ، وأساس ذلك قوله تعالى : يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ، الا أن ان تكون تجارة عن تراض منكم» « النساء / ٢٩ » فاذا اتفق المتعاقدان على أن يدفع أحدهما للآخر مالا ، اذا لم يقم بتنفيذ العقد ، أو تأخر فى تنفيذه ، فان هذا يتضمن أخذ مال عن تراضى فى العقد ، فيكون مشروعا بمقتضى مبدأ التجارة عن تراضى .

وان هذا الضمان من قبيل التعويض الاتفاقى ، المنصوص عليه فى العقد ، وهو جائز كما دلت عليه عبارة السيوطى فى قوله : المضمونات أقسام : مايضمن ضمان عقد قطعا ، وهو ما عين فى صلب عقد بيع أو سلم أو اجارة أو صلح (٢) . فهذا الضمان مرجعه الى ارادة العاقدين.

---

(١) المرغينانى ، الهداية ، جـ ٣ ، ص ٢٨٥ .
(٢) السيوطى ، الاشباه والنظائر ، ص ٣٩٠ .

بحسب ما يتفقان عليه ، بما يعوض العاقد عن عدم تنفيذ العقد والضرر الواقع عليه ، نتيجة عدم التنفيذ أو التأخر فيه .

ويجيز فقهاء الحنابلة التعويض الاتفاقى ، عند ابرام العقد ،درءا للضرر الذى يصيب العاقد ، من جراء عدم تنفيذ العقد ، يقول البهوتى: وان بذل مشتر جميع الثمن ، لم يملك البائع الفسخ ، لأنه لا ضررر عليه فى ذلك ، ولا يجبر أحدهما على المعاوضة . وان اتفقا على تعويضه عنه جاز ، لأن الحق لا يعدوهما (١) .

ويذهب كثير من الفقهاء الى عدم جواز الشرط الجزائى فى العقد ، وهو ذلك الشرط الذى يتضمن تعويض أحد العاقدين عن عدم تنفيذ العقد ، أو بسبب التأخر فى تنفيذه ، لأن هذا الشرط من قبيل الشروط الفاسدة وقد نهى الرسول — صلى الله عليه وسلم — عن بيع وشرط ، فان هذا الشرط لا يقتضيه العقد ، وفيه منفعه لأحد العاقدين ، وليس بملائم للعقد ، ولامما جرى به التعامل بين الناس ، ولأن فيه اشتراط أمر زائد على العقد ، وهو غير جائز ، لقول الرسول — صلى الله عليه وسلم — ما بال أقوام يشترطون شروطا ، ليست فى كتاب الله ، ما كان من شرط ليس فى كتاب الله عز وجل ، فهو باطل ، وان كان مائة شرط ، كتاب الله أحق ، وشرط الله أوثق .

ويشدد ابن حزم على اجازة مثل هذا الشرط بقوله : ولا يخلو كل شرط اشترط فى بيع أو غيره من أحد ثلاثة أوجه ، لا رابع لها : اما

(١) البهوتى ، كشاف القناع ، ج ٣ ، ص ١٩٧ . ويقول فى موضع آخر تعقيبا على الاشتراط فى العقد ، فلو لم يصلح اشتراط ذلك لفاتت الحكمه ، التى لاجلها شرع البيع ، يؤيده قول النبى — صلى الله عليه وسلم — المؤمنون عند شروطهم ، فان وفى به بأن حصل لمن اشترط شرطه لزم البيع ، والا بأن لم يحصل له شرطه فله الفسخ لفوات الشرط...أو أرش فقد الصفه ، من أن من فات شرطه يخيرين الفسخ وبين الامساك مع أرش فقد الصفة التى شرطها الحاقا له بالعيب ، قلت يؤخذ منه : ان الارش قسط ما بين قيمته بالصفة وقيمته مع عدمها من الثمن ، فان تقدر على المشترط رد ما وجده فاقد الصفة ، تعين له أرش فقد الصفة، كشاف القناع ، ج ٣ ، ص ١٨٩ ، ١٩٠ .

اباحة مال ، لم يجب فى العقد ، واما ايجاب عمل ، واما المنع من عمل ، والعمل يكون بالبشرة أو بالمال فقط ، وكل ذلك حرام بالنص ، قال رسول الله : صلى الله عليه وسلم — ان دماءكم وأموالكم وأبشاركم عليكم حرام » وأما المنع من العمل ، فان الله تعالى يقول : لم تحرم ما أحل الله لك » فصح بطلان كل شرط جمله ، الا شرط جاء النص من القرآن أو السنة باباحته (١) ويذهب الحنفية والشافعية الى عدم جواز هـذا الشرط أيضا .

وهذا التضييق فى الاشتراط من جانب بعض المذاهب الفقهية ، مرده الى تأصيل القاعدة القرآنية ، أوفوا بالعقود » والوفاء بالعقد يكون بتنفيذه عينا ، ولا يعدل عن هذا الأصل الا لضرورة تقتضيه ، أو لوجود موجب للتعويض كما سنرى وبغير ذلك لا يجوز الالتجاء الى البديل عن التنفيذ العينى ، الذى تقضى به الأصول الشرعية .

ونعتقد أن ما يذهب اليه الفقه الحنبلى من التوسع فى الاشتراط فى العقود وتصحيح الشروط ، هو الذى يتفق مع المصلحة ، واستقـرار التعامل ، ومع رحابة القواعد العامة فى الشريعة الاسلامية ، لأنه يجعل العاقد حريصا على تنفيذ العقد ، ويحقق ذات المقصود الذى يذهب اليه الفقهاء ، من وجوب التنفيذ العينى ، ويجبر الضرر الواقع على العاقد الآخر ، نتيجة عدم التنفيذ .

---

(١) ابن حزم ، المحلى ، جـ ٨ ، ص ٤١٥ . ومن هذا الرأى الحنفية ، يقول الكاسانى : ولوشرط المشترى على البائع أن يحيله بالثمن على غريم من غرمائه ، أو على أن يضمن الثمن لغريم من غرماء البائع ، فالبيع فاسد ، لان شرط الحوالة والضمان شرط لا يقتضيه العقـد ، والشرط الذى لا يقتضيه العقد مفسد فى الاصل البدائع ، جـ ٥ ، ص ١٧٢ .

وهو ما يذهب اليه الشافعية ، يقول الشيرازى : فان شرط ما سوى ذلك من الشروط التى تنافى مقتضى البيع بأن باع عبدا بشرط الا يبيعه أو لا يعتقه ، أو باع دارا بشرط أن يسكنها مده أو ثوبا بشرط أن يخيطه له ، أو قلعة بشرط أن يحـذوها له بطل البيع ، لمـا روى عن النبى — صلى الله عليه وسلم — أنه نهى عن بيع وشرط — المهذب ، جـ ١ ، ص ٣٥٦ . ٣٥٧ .

ويمكن أن نجد تأييدا لتضمين العقد ، شرطا جزائيا ، فيما ذهب اليه المالكية ، بصدد بيع العربون ، وما يقاربه من صور البيع ، مثل أن يبرم المتعاقدان البيع باتا ، ثم يعدل البائع عن العقد ، أو لا يقوم بتنفيذ التزامه فيه ، فيعرض على المشترى أن يرد له الثمن ، وبعض المال على ذلك ، فان الامام مالك ، لا يرى بأسا بذلك [1] . وهذا دليل على اجازة التعويض الاتفاقى عند العقد ، لنفى الاثم ، ورفع الحرج عن المتعاقدين، فى حالة الاتفاق عليه فى العقد ، وهو ما نرجح الأخذ به والعمل بموجبه ، لأنه لا يتعارض مع نص أو قاعدة شرعية ، شريطة ألا يبالغ فى مبلغ التعويض ، وان يتم الاتفاق عليه بمحض رضا العاقدين ، خاصة من وجب عليه ، وأن يكون فى مقابل ضرر أصاب المتعاقد الآخر ، نتيجة المسلك الخاطئ المتمثل فى عدم التنفيذ أو التأخر فيه ، وأن يخضع لرقابة القاضى .

التعويض عن الضرر المحقق ، لا الضرر المحتمل

التعويض صورة من صور الضمان العقدى فى الشريعة ، يكون بجبر الضرر الذى لحق أحد العاقدين ، بسبب مسلك العاقد الآخر الخاطئ ، فهو من ثم لا يتأتى عن ضرر لم يقع بعد ، وانما ينتظر بالتعويض الى حين وقوعه ، أما اذا كان التعويض متوقفا على حدوث الضرر ، فلا بأس به ، كما فى الشرط الجزائى ، الذى تقرر التعويض الاتفاقى

---

(١) الامام مالك بن أنس ، الموطأ ، جـ٢ ، ص ٦٠٩ — ٦١١ . ويقول فى ذلك : حدثنى يحيى عن مالك عن الثقة عنده ، عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه عن جده أن رسول الله — صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العربان ، قال مالك : وذلك فيما نرى والله اعلم ، أن يشترى الرجل العبد أو الوليدة، أو يتكارى الدابة ، ثم يقول للذى اشترى منه ، أو تكارى منه : أعطيك دينارا و درهما او اكثر من ذلك او اقل ، على انى ان اخذت السلعة ، او ركبت ما تكاريت منك ، فالذى أعطيتك هو من ثمن السلعة ، أو من كراء الدابة ، وان تركت ابتياع السلعة او كراء الدابة ، فما أعطيتك لك باطل بغير شئ ... قال مالك ، فى الرجل يبتاع العبد أو الوليدة بمائة دينار الى اجل ، ثم يندم البائع ، فيسأل المبتاع أن يقيله بعشرة دنانير يدفعها اليه نقدا أو الى اجل ، ويمحو عنه المائة دينار التى له . قال مالك: لا بأس بذلك .

بناءا عليه ، وعلى هذا فانه يشترط للتعويض فى الشرع ، أن يكون الضرر مباشرا وواقعا على العاقد ، فلا يصح التعويض عن الضرر غير المباشر والمتوقع حصوله فى المستقبل ، لأن هذا من قبيل الضرر والمخاطرة ، حيث يشوبه احتمال الوقوع وعدم الوقوع ، وهذا لا يصلح لبناء الضمان عليه ، فى أية صورة من الصور •

وتأسيسا على ذلك ، فان القاعدة القانونية فى التعويض ، والتى تقول بأنهيشمل ما لحق الدائن من خسارة ، وما فاته من كسب ، لا تكون مقبوله على اطلاقها فى الفقه الاسلامى •

ويمكن القول بتصحيح القاعدة فى شطرها الآول ، الخاص بالتعويض عما لحق الدائن من خسارة ، وعدم تصحيحها عما فات الدائن من كسب ، فالتعويض عما أصاب الدائن من خسارة ، من مشتملات الضمان، ويستدل على ذلك بالنصوص العامة القاضية بمنع الضرر ، والمقررة للضمان ، مثل قول الرسول — صلى الله عليه وسلم — لا ضرر ولا ضرار• وقوله الخراج بالضمان • وما روى عن صفوان بن أمية ، أن النبى — صلوات الله عليه — استعار منه يوم حنين أدرعا ، فقال : أغصبا يامحمد ؟ قال : بل عارية مضمونة • قال : فضاع بعضها فعرض عليه النبى — صلى الله عليه وسلم — أن يضمنها له •• يقول الشوكانى فيه دليل على أن الضياع من أسباب الضمان ، لاعلى أن مطلق الضياع تفريط ، وأنه يوجب الضمان على كل حال ، أن يكون تلف ذلك البعض وقع فيه تفريط (١) •

والتعويض عن الضرر ، من قبيل جبر الضرر ، وعدم فوات حق الدائن ، وهذا مقرر فى الشرع ، ومن القواعد البارزة فيه ، كما يقول القرافى ، وأما الجوابر فهى مشروعة ، لاستدراك المصالح الفائتة ، والزواجر مشروعة لدرء المفاسد المتوقعة ، ولا يشترط فى حق من يتوجه فى حقه الجابر ، أن يكون آثما ، ولذلك شرع مع العمد والجهل والعلم

(١) الشوكانى ، نيل الاوطار ، جـ ٥ ، ص ٣٣٧ .

والنسيان والذكر ، وعلى المجانين والصبيان ... ويقول : ثم الجوابر تقع فى العبادات والنفوس والأعضاء ومنافع الأعضـاء ، والجـراح والأموال والمنافع .... وأما جوابر الأموال ، فالأصل أن يؤتى بعين المال مع الامكان ، فان أتى به كامل الذات ، والصفات برىء من عهدته ، أو ناقص الأوصاف جبر بالقيمة ، لأن الأوصاف ليست مثلية ، الا أن تكون الأوصاف تخل بالمقصود من تلك العين خللا كثيرا ، فانه يضـمن الجملة عندنا (١) .

وفى الأخذ بقاعدة الجوابر ، جبر الضرر ، وتعويض الخسارة ، واحياء للمال الذى فات على صاحبة ، ورد الحق لذويه ، لذلك فانها تعم الأموال والنفوس والمنافع والعبادات والمعاملات ، لما تتضمنه من الموازنة فى الواجبات ، والتقابل فى الحقوق ، والمبادلة فى المعاوضات ، ولهذا المعنى ، شرعت الجوابر على المخطىء والعامد ، وعلى الصبى والبالغ ، وعلى الناسى والذاكر ، وعلى المجنون والعاقل ، لأن الجبر تعبير عن العدالة ، ومقتضى التعامل فوجب دون نظر لصفة المتعاقد ، أو من وقع منه الضرر ، فان الأموال بها حياة النفوس ، وتحصيل الأقوات والأرزاق، والحصول على المنافع والحاجات .

والتعويض عن الخسارة التى لحقت بأحد العاقدين ، بسبب العقد ، أمر واجب صيانه للأموال عن أن تذهب هدرا ، وعقوبة للعابثين والمتجرئين على حقوق الناس ، ودفعهم الى الحرص على أداء التزاماتهم ، وحماية المصالح الناشئة عن العقد ، اذ أن عدم ضمان المدين للضرر الذى أصاب الدائن ، تفويت حقه وضياعه عليه ، وهو ما ينهى عنه الشرع ، لأنه من الاتلاف المحرم .

وبالنسبة للتعويض عما فات الدائن من كسب ، فهذا غير جائز ، لأن المصلحة المرجوه من تحقيق المال للكسب ، من المصالح المحتملة ، التى قد تتحقق أولا تتحقق ، والاحتمال لا ينبى عليه ضمان ، ولا يتقرر

---

(١) القرافى ، الفروق ، جـ ١ ، ص ٢١٣ ، ٢١٤ .

بمقتضاه أخذ مال من المدين ، لأنه يعد من قبيل أكل المال بالباطل، وهو منهى عنه بقوله تعالى : ياأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل « النساء / ٢٩ » فان الباطل ما لم يكن فى مقابلة شيىء حقيقى ، وهو من البطل والبطلان أى الضياع والخسار ، فقد حرمت الشريعة أخذ المال بدون مقابلة حقيقية يعتد بها ، ورضى من يؤخذ منه ، وكذلك انفاقه فى غير وجه حقيقى نافع (١) والتعويض عن الكسب الموهوم ، هو من أكل المال بالباطل ، لأنه لا يقابله مال حقيقى .

ولأن تعويض الدائن عما فاته من كسب ، لم يتحقق بعد ، يصدق عليه الغرر المنهى عنه . ومن الغرر الممنوع مالم يوجد منه ، ومنه الجهل بجنس المعقود عليه ، أو الجهل بصفته أو بمقداره (٢) ، وهو ما يشوب الكسب المزعوم ، ويعتريه ، فان الكسب لم يوجد بعد ، ولا يعرف صفته ولا مقداره ، ولا وقته ، فكان منطبقا عليه حقيقة الغرر الممنوع فى الشرع ، فقد نهى النبى — صلى الله عليه وسلم — عن بيع الغرر ، والغرر ما انطوى عنه أمره ، وخفى عليه عاقبته (٣) .

وبالاضافة الى ذلك ، فانه يشترط لايجاب الضمان ، أن يكون المضمون ، وهو الدين أو العين المضمونة حقا ثابتا حال العقد ، فلايصح ضمان ما لم يجب ، سواء أجرى سبب وجوبه ، كنفقة ما بعد اليوم للزوجة وخادمها ، أم لا كضمان ما سيقرضه لفلان ، لأن الضمان وثيقة بالحق فلا يسبقه ، فيصح بنفقة اليوم للزوجة وما قبله لثبوته ، لا بنفقه القريب لمستقبل (٤) . واذا كان الضمان لا يجب فى الحقوق الشرعية الثابتة ، التى لم يحل أجلها بعد ، وهى متحققة لا موهومة ، فمن باب أولى ، لا يصح الضمان فى الأمور الموهومة المحتملة ، التى بسبيلها أن توجد أو لا توجد أصلا بالنسبة للكسب ، اذا لم تكن الظروف مواتية ، لسبب من الأسباب ، فكان التعويض عن الكسب الغائب غير جائز لذلك .

---

(١) محمد رشيد رضا ، المنار ، ج ٥ ، ص ٣٤ .
(٢) انظر ابن جزى ، القوانين الفقهية ، ص ٢٢٠ ، ٢٢١ .
(٣) الشيرازى ، المهذب ، ج ١ ، ص ٣٤٩ .
(٤) الخطيب ، مغنى المحتاج ، ج ٢ ، ص ٢٠٠ .

التعويض القانونى :

التعويض القانونى ، هو التعويض الذى يستحق فيه الدائن فوائد معينة بسبب تأجيل الدين ، أو تأخيره عن موعد الوفاء به .

وهذه الفوائد اما أن تكون فوائد تعويضية ، أو فوائد تأخيرية . فالفوائد التعويضية : هى الفوائد التى تستحق عن مبلغ من النقود ، لم يحل ميعاد استحقاقه . مثل أن يقترض شخص من آخر ألف جنيه ، يأخذها الدائن ألفا وعشر جنيهات بعد عندحلول سنه من تاريخ الاقتراض

والفوائد التأخيرية : هى الفوائد التى تستحق عن مبلغ من النقود حل ميعاد استحقاقه ، وتأخر المدين فى الوفاء به . فالفوائد التى تضاف عليه نتيجة تأخره فى سداد الدين ، تسمى بالفوائد التأخيرية (١) .

والتعويض القانونى ، يندرج تحت ربا النسيئة المحرم ، فى الشريعة الاسلامية ، وعلى وجه التحديد القرض الربوى ، أى القرض المقترن بالفائدة وبحسب التعبير الفقهى ، القرض الذى جر منفعة ، لما فيه من اشتراط الزيادة على أصل الدين ، وهذه الزيادة ، لا تكون مقابل مال ، وانما تقابل عنصر الزمن ، وهو التعامل الذى كان فاشيا عند العرب ، وجاء القانون المدنى وقننه فى صوره فوائد تعويضيه وفوائد تأخيرية .

وان تفصيل الرأى الفقهى ، فيما يتعلق بالفوائد بنوعيها التعويضية والتأخيرية ، يقتضى عرض بعض النصوص الفقهية ، فى معنى ربا النسيئة والقرض الذى جر منفعه ، لنتبين الى أى مدى يتطابق أو يختلف مع التعويض القانونى ، فى صورة الفوائد التعويضية أو التأخيرية .

أما عن معنى بالنسيئة فيقول ابن القيم : ربا النسيئة ، وهو الذى كانوا يفعلونه فى الجاهلية ،ه ثل أن يؤجر دينه ويزيده فى المال ، وكلما أخره زاده فى المال ، حتى تصير المائه عنده آلافا مؤلفة (٢) . وهـــذا

---

(١) د. عبد الناصر العطار ، نظرية الالتزام ، مرجع سابق ، ص٣٢١، ٣٢٢ .

(٢) ابن القيم ، اعلام الموقعين ، ج ٢ ، ص ٩٩ .

النوع من الربا يقول فيه الدائن للمدين ، اما أن تقضى واما أن تربى ، وهو من الربا الصريح المحرم بنصوص القرآن الكريم بقوله تعالى : يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافا مضاعفة « آل عمران / ١٣٠ » وتعتبر الفوائد التأخيرية التى أتى بها التقنين المدنى من هذا النوع .

وبالنسبة للقرض الذى جر منفعة ، يقول الكاسانى : وأما الذى يرجع الى نفس القرض ، فهو ألا يكون فيه جر منفعة ، فان كان لم يجز ، نحـو ما اذا أقرضه دراهم غلة ، على أن يرد عليه صحاحا ، أو أقرضه وشرط شرطا له فيه منفعة ، لما روى عن رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ أنه نهى عن قرض جر نفعا ، ولأن الزيادة المشروطة تشبه الربا، لأنها فضل لا يقابله عوض ، والتحرز عن حقيقة الربا ، وعن شبهة الربا واجب ، هذا اذا كانت الزيادة مشروطة فى القرض ، فأما اذا كانت غير مشروطة فيه ، ولكن المستقرض اعطاه أجودهما ، فلا بأس بذلك ، لأن اسم لزيادة مشروطة فى العقد ، ولم توجـد ، بل هـذا من باب حسن القضاء ، وأنه أمر مندوب اليه ، قال النبى عليه السلام ــ خيار الناس أحسنهم قضاء (١) . وعلى هذا فان القرض الذى جر منفعة محرم ، لما ينطوى عليه من الربا أو شبهة الربا . ومن قبيل القرض الذى جر منفعة أن يشترط الدائن على المدين أن يعطيه زيادة على أصل الدين ، الذى لم يحل ميعاد استحقاقه فهذه الزيادة لا يقابلها عوض ، فهو يتضمن استغلالا وغبنا من الدائن للمدين .

وتعتبر الفوائد التعويضية ، التى أتى بها التقنين المدنى ، من هذا النوع ، لما فيه من استيداء فائدة على أصل الدين ، الذى لم يحن موعد استحقاقه . فاذا لم تكن هذه الفائدة مشروطة ، وأداها المدين فهذا جائز ، بل انه مستحب ، لأنه من باب حسن القضاء ، وهو من مطلوبات الشريعة .

---

(١) الكاسانى ، بدائع الصنائع ، ج ٧ ، ص ٣٩٥ .

ويقول ابن رشد من فقهاء المالكية : واتفق العلماء ، على أن الربا ، يوجد فى نسيئين : فى البيع ، وفيما تقرر فى الذمة ، من بيع أو سلف أو غير ذلك فأما الربا فيما تقرر فى الذمة ، فهو صنفان : صنف متفق عليه ، وهو ربا الجاهلية الذى نهى عنه ، وذلك أنهم كانوا يسلفون بالزيادة وينظرون فكانوا يقولون : أنظرنى أزدك ، وهذا هو الذى عناه — عليه الصلاة والسلام — بقوله فى حجة الوداع : ألا وان ربا الجاهلية موضوع ، واول ربا أضعه ، ربا العباس بن عبد المطلب . والثانى : ضع وتعجل ، وهو مختلف فيه (١) . فهذا الربا يتضمن فائدة مقابل امهال الدائن ، والزيادة على مبلغ القرض ، نظير التأجيل ، وهو معنى القول : أنظرنى أزدك . وهو معنى الفوائد التأخيرية . كما أن من صور الربا الشائع فى الجاهلية ، أنهم كانوا يقرضون بالزيادة ، كأن ترد المائة ، مائة وعشرة ، وهو معنى الفوائد التعويضية والفوائد فى الصورتين محرمة شرعا ، بالاتفاق بين الفقهاء ، لما تنطوى عليه من استغلال حاجة المدين، وأخذ زيادة على المال الذى أخذه من الدائن دون مقابل .

ويقول الشيرازى ، من فقهاء الشافعية : ولا يجوز قرض جر منفعة مثل أن يقرضه ألفا ، على أن يبيعه داره ، أو على أن يرد عليه أجود منه أو أكثر منه ، أو على أن يكتب له سفتجه يربح فيها خطر الطريق ، والدليل عليه ما روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده : أن النبى — صلى الله عليه وسلم — نهى عن سلف وبيع « والسلف هو القرض فى لغة أهل الحجاز . وروى عن أبى بن كعب وابن مسعود وابن عباس : أنهم نهوا عن قرض جر منفعة . ولأنه عقد ارفاق ، فاذا شرط فيه منفعة خرج عن موضوعه ... فان بدأ المستقرض فزاده أورد عليه ما هو أجود منه ، أو كتب له سفتجه أو باع منه داره جاز ، لما روى أبو رافع قال : استسلف رسول الله — صلى الله عليه وسلم — من رجل بكرا ، فجاءته ابل الصدقة ، فأمرنى أن أقضى الرجل بكرا ، فقلت لم أجد فى الأبل ، الا جملا خيارا رباعيا ، فقال النبى — صلى الله عليه وسلم — أعطه ،

---

(١) ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج ٢ ، ص ١٢٨ .

فان خياركم أحسنكم قضاء وروى جابر بن عبد الله ، قال : كان لى على رسول الله — صلى الله عليه وسلم — حق فقضانى وزادنى ... فان شرط فى العقد شرطا فاسدا ، بطل الشرط وفى القرض وجهان : أحدهما أنه يبطل ، لما روى أن النبى — صلى الله عليه وسلم — قال : كل قرض جر منفعة فهو ربا » ولأنه انما أقرضه بشرط ، ولم يسلم الشرط ، فوجب ألا يسلم القرض . والثانى : أنه يصح ، لأن القصد منه الارفاق، فاذا زال الشرط ، بقى الارفاق (١) .

ومفاد هذا القول ، أن القرض أو السلف ، الذى اشترط فيه الدائن على المدين ، الحصول على منفعة نظير القرض ، وبالاولى الزيادة على رأس المال ، هو قرض محرم ، وهو الربا ، لأن بالاشتراط ذهبت ما هية العقد ، وانقلب الى ضده ، من عقد ارفاق الى عقد استغلال فان أعطى المدين للدائن زيادة عن القرض ، دون اشتراط ، فهو جائز ، وقد فعله الرسول — صلى الله عليه وسلم — وندب اليه . فالاشتراط فى القرض هو الممنوع ، ويترتب عليه أن كل منفعة فى القرض هى من الربا المحرم .

ويقول ابن قدامه : وكل قرض شرط فيه أن يزيده ، فهو حرام بغير خلاف . قال ابن المنذر : أجمعوا على أن المسلف اذا شرط على المستسلف زيادة أم هدية ، فأسلف على ذلك : ان أخذ الزيادة على ذلك ربا . وقد روى عن أبى بن كعب وابن عباس وابن مسعود : أنهم نهوا عن قرض جر منفعة ولأنه عقد ارفاق وقربه ، فاذا شرط فيه الزيادة أخرجه عن موضوعه ولا فرق بين الزيادة فى القدر أو فى الصفة ، مثل أن يقرضه مكسره ليعطيه صحاحا أو نقدا ليعطيه خيرا منه ، وان شرط أن يعطيه اياه فى بلد آخر ، وكان لحمله مؤنة لم يجز ، لأنه زيادة .

فان أقرضه مطلقا من غير شرط ، فقضاه خيرا منه فى القدر أو الصفة أو دونه برضاهما جاز ، وكذلك ان كتب له بها سفتجه أو قضاء فى

---

(١) الشيرازى ، المهذب ، ج ١ ، ص ٤٠١ ، ٤٠٢ .

بلد آخر جاز (١)، ورخص فى ذلك ابن عمر وسعيد بن المسيب والحسن والنخعى والشعبى والزهرى ومكحول وقتاده ومالك والشافعى واسحاق. لما روى ان النبى — صلى الله عليه وسلم — استسلف بكرا فرد خيرا منه . وقال : خياركم أحسنكم قضاء » متفق عليه . وللبخارى : أفضلكم: أحسنكم قضاء » ولأنه لم يجعل تلك الزيادة عوضا فى القرض ، ولاوسيلة اليه ولا الى استيفاء دينه فحلت كما لو لم يكن قرض (٢).

يقرر ابن قدامه الفقيه الحنبلى ، أن شرط الزيادة فى القرض حرام، وأن الاجماع منعقد على ذلك ، يستوى فى هذا الزيادة فى القدر أو الصفة ، لأن عقد القرض شرع لفك كربة المحتاج ، فاشتراط فائدة فيه ، عكس مقصوده . أما ان كانت الزيادة من غير شرط ، فهى جائزة ، للنص الوارد فى ذلك ، ولأن الفائدة فى القرض ليست عوضا ، ولاوسيلة الى العوض ، ولا الى استيفاء الدين . وبتطبيق ذلك على التعويض القانونى المتضمن للفوائد التعويضية أو التأخيرية ، نجد أنها مشروطة ، حيث يجرى التعامل بها قانونا ، ويحكم بها القضاء ، فتكون هذه الفوائد محرمه شرعا ، تعويضيه كانت أم تأخيرية .

ويقول ابن حزم : ولا يحل أن يشترط رد أكثر مما أخذ ، ولا أقل ، وهو ربا مفسوخ ، ولا يحل اشتراط رد أفضل مما أخذ ولا أدنى ، وهو ربا ، ولا يجوز اشتراط نوع غير النوع الذى أخذ ، ولا اشتراط أن يقضيه فى موضع كذا ، ولا اشتراط ضامن . برهان ذلك قول رسول الله — صلى الله عليه وسلم — كل شرط ليس فى كتاب الله ، فهو باطل . ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست فى كتاب الله . من اشترط شرطا ليس فى كتاب الله ، فليس له ، وان اشتراط مائه شرط ، كتاب الله أحق، وشرط الله أوثق « ولا خلاف فى بطلان هذه الشروط التى ذكرنا فى القرض

---

(١) السفتجه : أن يعطى مالا لشخص ، ويكون لهذا الشخص مال فى بلد آخر ، فيعطيه ماله فى البلد الآخر .

(٢) ابن قدامة ، المغنى ، ج ٤ ، ص ٣٥٤ — ٣٥٧ .

فان تطوع عند قضاء ما عليه بأن يعطى أكثر مما أخذ ، أو أقل مما أخذ أو أجود مما أخذ ، أو أدنى مما أخذ ، فكل ذلك حسن مستحب ، ويعطى أكثر مما اقترض وأجود مما اقترض مأجور ، والذى يقبل أدنى مما أعطى ، أو أقل مما أعطى مأجور ، وسواء كان ذلك عادة ، أو لم يكن ما لم يكن عن شرط وكذلك أن قضاه فى بلد آخر ، ولا فرق فهو حسن ، ما لم يكن عن شرط • لما روى عن جابر عبد الله ، قال : كان لى على رسول الله – صلى الله عليه وسلم – دين فقضانى وزادنى (١) •

وعلى هذا فان المذهب الظاهرى ، لا يصحح الشروط فى القرض ، فلا يجوز أن يعطى المدين الدائن ، أكثر من مبلغ القرض ، لأن الزائد عن الدين من الربا المحرم ، وكل شرط فى القرض باطل • أما ان أعطى المدين الدائن أكثر من مبلغ القرض تبرعا من غير شرط فهو جائز ، لأنه ليس من الربا ، بل من باب حسن القضاء ، وهو أمر حسن فى الشرع •

ومن ذلك نعلم أن الفقه الشرعى ، يعتبر التعويض القانونى ، فى صورتيه الفوائد التعويضية ، والفوائد التأخيرية من الربا المحرم ، ومن ثم لا يجوز القضاء بهذه الفوائد شرعا ، للنهى عنها بنصوص صريحة •

وبالله التوفيق

---

(١) ابن حزم ، المحلى ، جـ ٨ ، ص ٧٧ •

ثبت المراجع

اولا : المؤلفات القديمة :

١ ـ كتب التفسير :

تفسير القرآن الحكيم ، المسمى تفسير المنار ، للامام محمد عبده تأليف محمد رشيد رضا ، طبعة الهيئة العامة للكتاب ، ١٩٧٢م .

تفسير القرطبى ، الجامع لأحكام القرآن ، للامام شمس الدين أبى عبد الله محمد بن احمد بن أبى بكر بن فرج الأنصارى القرطبى ، الناشر دار الغد العربى ، ١٩٨٩ .

٢ ـ كتب الحديث :

نيل الأوطار ، شرح منتقى الأخبار ، تأليف محمد بن على بن محمد الشوكانى ، الطبعة الأخيره ، مطبعة مصطفى الحلبى بمصر .

٣ ـ كتب الأصول والقواعد :

الفروق للقرافى ، للامام شهاب الدين ابى العباس أحمد بن ادريس ابن عبد الرحمن الصنهاجى ، المشهور بالقرافى وبهامشه تهذيب الفروق والقواعد السنية طبعة عالم الكتب ، بيروت .

القواعد فى الفقه الاسلامى ، للحافظ أبى الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلى . م ٧٩٥هـ ، دار المعرفة بيروت .

قواعد الأحكام فى مصالح الأنام ، للامام أبى محمد عز الدين بن عبد السلام السلمى ، م ٦٦٠هـ ، دار الجيل بيروت . ١٤٠٠هـ — ١٩٨٠م .

الأشباه والنظائر ، للامام زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم دار الكتب العلمية — بيروت ١٤٠٥هـ — ١٩٨٥م .

الأشباه والنظائر ، للامام جلال الدين بن عبد الرحمن السيوطى م ٩١١هـ ، مطبعة عيسى البابى الحلبى .

رابعا : كتب الفقه :

١ ـ الفقه الحنفى :

بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ، للامام علاء الدين أبى بكر بن

مسعود الكاسانى الحنفى ، م ٥٨٧ هـ — دار الكتب العلمية بيروت — الطبعة الثانية ١٤٠٦هـ — ١٩٨٦ م .

حاشية رد المحتار على الدر المختار ، شرح تنوير الأبصار ، الامام محمد أمين الشهير بابن عابدين ، الطبعة الثانيه ١٣٨٦هـ — ١٩٦٦م ، مطبعة مصطفى الحلبى بمصر .

الهداية ، شرح بداية المبتدى ، الامام أبى الحسن على بن ابى بكر بن عبد الجليل الرشدانى المرغينانى ، الطبعة الاخيرة ، مطبعة مصطفى الحلبى . بمصر .

٢ — الفقه المالكى :

القوانين الفقهية ، لابن جزى ، محمد بن أحمد بن جزى الكلبى الغرناطى ، بدون تاريخ .

المدونه الكبرى للامام مالك بن أنس الأصبحى ، رواية مجنون بن سعيد التنوخى عن عبد الرحمـ نبن القاسم ، ومعها مقدمات ابن رشد ، دار الفكر .

مواهب الجليل للحطاب ، الامام أبى عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربى . المعروف بالحطاب ، وبهامشه التاج والاكليل لمختصر خليل ، الطبعة الثانية ، ١٣٩٨هـ — ١٩٧٨م .

٣ — الفقه الشافعى :

الأم للامام الشافعى ، محمد بن ادريس الشافعى ، وبهامشه مختصر المزنى ، م ٢٦٤ ، طبعة كتاب الشعب .

المهذب ، للامام أبى اسحاق ابراهيم بن على بن يوسف الفيروز اباذى الشيرازى ، م ٤٧٦هـ ، مذيل بالنظم المستعذب فى شرح غريب المهذب، مطبعة مصطفى الحلبى بمصر ، الطبعة الثالثة ١٣٩٦هـ — ١٩٧٦م .

مغنى المحتاج ، للامام محمد الشربينى الخطيب ، على متن المنهاج مطبعة مصطفى الحلبى ، ١٣٧٧هـ — ١٩٥٨م .

٤ — الفقه الحنبلى :

المغنى لابن قدامه للامام أبى محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه م ٦٢٠هـ ، على مختصر أبى القاسم الخرقى مكتبة الجمهورية ، مكتبة الكليات الأزهرية .

كشاف القناع عن متن الاقناع ، للامام منصور بن يونس ادريس البهوتى ، دار الفكر ١٤٠٢هـ — ١٩٨٢م .

٥ ـ الفقــه الظاهرى :

المحلى ، للامام ابن حزم ، أبى محمد على بن أحمد بن ســعيد بن حزم م ٤٥٦هـ ـ تحقيق أحمد شاكر ، دار الفكر .

ثانيا : المؤلفات الحــديثة :

الضمان فى الفقه الاسلامى ، على الخفيف ، محاضرة القيت على قسم البحوث والدراسات القانونية ، ١٩٧١م معهد البحوث والدراسات العربيــة .

مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ، عبد الرزاق السنهورى المجمــع العلمى العربى الاسلامى ، ١٩٥٣ ـ ١٩٥٤ .

نظرية الارادة المنفردة فى الفقه الاسلامى ، بحث مقارن بين المذاهب ، عبد المجيد محمود مطلوب ، ١٤٠٩هـ ـ ١٩٨٩م .

نظرية الالتزام فى الشريعة الاسلامية والتشريعات العربية ، عبد الناصر العطار ، مطبعة السعادة ـ ١٩٧٥م .

الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات فى القانون المــدنى المصرى . محمود جمال الدين زكى ، الطبعة الثالثه ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٧٨ .

الوسيط فى شرح القانون المدنى ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، المجلد الأول : العقد عبد الرازق السنهورى ، الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية ، ١٩٨١ .

ثالثا : تقنينات شرعية :

مرشد الحيران الى معرفة أحوال الانسان ، محمد قدرى باشــا ، الطبعة الثانية ١٤٠٣ ـ ١٩٨٣م ـ دار الفرجانى ١٩٨٣ م.

شرح مجلة الاحكام العدلية ، سليم رستم باز اللبنانى ، الطبعــة الثالثة ، ١٤٠٦هـ ـ ١٩٨٦م ، دار أحياء التراث العربى ـ بيروت ـ لبنــــان .

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة

الموضوع الصفحة

تم الطبع بمطبعة جامعة القاهرة
والكتاب الجامعى
المدير العام
البرنس حموده حسين
١٩٩٠/١٠/١

رقم الايداع ٧٩٧٢ / ١٩٩٠

الترقيم الدولى x — ٠٦٧٨ — ٠٤ — ٩٧٧

(مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعى ٥٠٠/١٩٨٩/١٨٩٧)